

法秩序统一性视野下违法判断的相对性

王昭武^{*}

摘 要 不同法域之间的违法判断究竟是必须保持统一,还是应当具有相对性,甚至彼此独立,一直以来都是极具争议的理论问题。对该问题的回答将直接决定对涉及“民刑”交错以及“行刑”衔接问题的案件的判决结果。该问题的实质在于“违法判断相对性”与“违法判断多元性”这两种判断理念之间的对立,正确的方法是在法秩序统一性的视野下,以违法统一性为基础进行违法的相对性判断。因此,民法或行政法允许的行为,必然不具有刑事违法性;而民法或行政法禁止的行为,则未必具有刑事违法性;对民法或行政法认为并无保护之必要的利益,不能认定侵害行为具有刑事违法性。

关 键 词 法秩序统一性 违法判断 一般违法性 相对性 多元性

一、问题的提出

为了调整多元化的利益诉求,国家基于不同目的制定了民事法律、行政法律以及刑事法律等部门法,并由此形成了国家的整体法秩序。这样势必出现“民刑”交错与“行刑”衔接的问题。如何处理民事违法性、行政违法性与刑事违法性之间的关系,亦即,在法秩序统一性下,不同法域之间的违法判断究竟是必须保持统一(违法一元论),还是应当具有相对性(违法相对论),甚至彼此独立(违法多元论),就属于具有共性的问题。在将法视为行为规范、重视法规范的文化价值的德国,自卡尔·恩吉施(K.Engisch)提出“法秩序的统一性要求排除法规范之间的矛盾,

^{*} 苏州大学王健法学院副教授。本文的写作得到了苏州大学王健法学院许小亮博士的帮助,特致谢忱,本文是中国法学会2014年度部级法学研究课题《民刑交错案件问题研究——法秩序统一性违法判断的相对性》[课题编号:CLS(204)C35]之研究成果。

排除法规之间的矛盾要求违法判断的统一性”这一命题以来,违法一元论一直处于通说地位。^{〔1〕}而在强调刑罚本身所固有的实害因而更看重刑法的谦抑性与补充性的日本,则存在违法多元论、违法相对论、缓和的违法一元论之间的对立。这种对立可以归结为三个命题:①构成要件该当行为如果属于民法或者行政法允许的行为,该行为是否必然不具有刑事违法性?②构成要件该当行为如果属于民法或者行政法禁止的行为,该行为是否当然具有刑事违法性?③对于民法或行政法不予保护的利益,可否认定侵害该利益的构成要件该当行为具有刑事违法性?^{〔2〕}

我国司法实务也面临不同法域之间违法判断的关系问题。例如,投保人帅英分别于1998年7月和2000年3月为其母亲张某向某保险公司投保了康宁终身保险,死亡保险金为27万。根据该保险条款的规定,凡70周岁以下、身体健康者均可作为被保险人。2003年3月15日,张某因病身故,保险公司向受益人帅英支付了身故保险金27万。同年7月,保险公司接到被保险人年龄有假的举报,遂向公安机关报案。经查,帅英故意隐瞒其母亲张某出生于1921年1月7日的事实,并将户口本上的出生日期篡改为1944年11月7日,即将当时已经77岁的张某年龄改小为54岁,使其符合投保年龄,并找他人代为体检参保(“帅英骗保案”)。^{〔3〕}又如,1997年8月,被告人陈某向史某供货154公斤虫草,史某与陈某约定于同年10月25日付清货款人民币78万元,并出具了欠条。期满后,史某未给付货款且下落不明。1999年9月,陈某得知史某仍在经营虫草生意,即与其女婿李某商定,由李某假装卖主,通过中介人联系与史某进行交易。交易当日上午,被告人陈某等十余人到预定交易地点设伏等候,在史某等三人携带现金人民币55万元驾车到达交易地点后,陈某出示欠条要其归还欠款。史某声明所携货款是别人的,且得到了同行的朱某等二人的证实。陈某要求对方出示相应的凭证未果后,即以语言对史某进行威胁并打其两耳光,令司机打开车门,从汽车内拿出现金人民币55万元。让史某点数后,陈某给史某写了一张“收到55万元还款”的收条,又令史某写下“还欠陈某23万元

〔1〕 参见(日)井田良:《刑法総論の理論構造》,成文堂2005年版,页141;(日)京藤哲久:“法秩序の統一性と違法判断の相対性”,载内藤谦等编:《平野龍一先生古稀祝賀論文集》(上卷),有斐阁1990年版,页191。德国著名民法学者D.Medicus亦指出,“在解释时,应当以下列原则作为出发点:法律制度必须是没有矛盾的。因此,如果法律禁止人们从事某项行为,那么,就不可能通过法律行为为人们设定从事该项行为的义务”(转引自耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,页175)。

〔2〕 德国学者Claus Roxin将违法判断理念之间的对立概括为前两个命题(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,页397),但本文以为,还应包括第三个命题,有关该命题的对立更多体现在对各论问题的解释上。

〔3〕 该案不仅引起了保险部门以及社会的广泛关注,在司法实务部门内部也引起巨大争议。在四川省渠县检察院做出不起诉决定之后,公安机关要求复议此案。达州市检察院经复议后,认为渠县检察院的法律适用不当,担忧如果不遏制这种骗保案,后果将不堪设想,遂另行指定大竹县检察院提起公诉。在大竹县人民法院一审宣判帅英无罪之后,检察机关向达州市中院提起抗诉。对此,达州市中院内部存在适用保险法、适用刑法这两种对立意见。此案随后上报至四川省高级人民法院,四川省高院同样出现这两种观点,最后上呈最高人民法院。检察院经两次公诉之后,最终决定不起诉。为此,帅英因涉嫌保险诈骗罪,两度被关进看守所228天。参见何海宁:“难倒法官的骗保案”,载《南方周末》2005年4月14日,A6版。

货款”的欠条,尔后离开现场。陈某、史某随后各自向公安机关报案。次日,陈某被公安机关刑事拘留(“陈某抢劫案”)。^{〔4〕}这两个案件曾引起广泛争议。在“帅英骗保案”中,《保险法》第54条规定,“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二年的除外。”因而,该案中的保险合同是依据《保险法》的生效合同,帅英的行为不存在《保险法》上的违法性,这里的问题就在于,能否以帅英出于骗保目的实施了隐瞒被保人年龄等欺诈行为而直接认定具有刑事违法性成立保险诈骗罪呢?同样,在“陈某抢劫案”中,陈某虽然是为了实现民法上的合法债权,但采取了暴力、胁迫手段,能否认定成立抢劫罪呢?

近年来,我国学者开始关注此问题,^{〔5〕}但尚限于对日本既有学说的借鉴、评析,没有提出有效协调法秩序统一性与违法判断相对性之间的矛盾这一焦点问题的路径,甚至未能意识到问题的本质在于“违法判断相对性”与“违法判断多元性”这两种判断理念之间的对立。为了进一步明晰违法性判断之理论基础,切实指导我国司法实践中遇到的诸多问题,本文将从对不同法域之间违法性判断所呈现的不同理论形态及其争点的分析入手,强调违法性判断的本质对立乃是违法判断的多元性与违法判断的相对性之间的对立。这种对立源自对法秩序统一性的不同理解。基于法秩序统一性之要求,违法判断的相对性虽承认各自法域对于违法判断的自主性,但是强调整体法秩序自身所存在的正义理念能够统合各自法域的自主判断。因而,应在法秩序统一性的视野下,以违法统一性为基础进行违法的相对性判断。尤其是,刑法等各个法域均采用违法性概念,而我国传统犯罪论体系中的违法性仅指具有刑事可罚性的“刑事违法性”,因而要在整体法秩序视野下讨论不同法域之间的违法性判断的关系问题,这里的违法性就不限于“刑事违法性”,而是指违反法规范受到否定评价这一意义上的违法性。在这个意义上,一般违法性概念有其独立存在的价值。强调法秩序统一理念,有助于我们对于司法实践中的诸多疑难问题进行有效的分析,在刑法解释论上具有根本重要的价值。基于法秩序统一性的理念,我们可以从违法性认识的可能性、可罚的违法阻却事由、针对紧急避险的正当防卫、不法原因给付与财产犯罪以及权利行使与财产犯罪等五个方面对法秩序的统一性理念在解释论上加以落实。下文将就上述问题进行详细阐述,以求教于学界同仁。

〔4〕 对于该案,成都市中级人民法院判定被告人陈某犯抢劫罪,判处有期徒刑十年,剥夺政治权利一年,并处罚金人民币十万元。一审宣判后,被告人陈某向四川省高级人民法院提起上诉。四川省高级人民法院经审理认为,陈某的行为仅针对欠其巨款的史某,目的是实现自己的合法债权,主观上没有非法占有公私财物的目的,因而陈某的索债方式虽有不当,但其行为不符合抢劫罪的构成要件,不构成抢劫罪;其行为虽客观上侵害了第三人的财产权利,但系基于民法意义上的重大误解所致,属民法调整的范畴,不应以犯罪论处;虽然陈某的暴力索债行为确有不妥,但情节显著轻微,亦不构成其他犯罪。最终判定撤销一审判决,宣告无罪。参见唐来源:“债权人非法讨债不应以侵犯财产罪定罪——陈某某涉嫌抢劫宣告无罪”,载《人民法院报》2004年2月11日,第4版。

〔5〕 例如,童伟华:“日本刑法中违法性判断的一元论与相对论述评”,《河北法学》2009年第11期;郑泽善:“法秩序的统一性与违法的相对性”,《甘肃政法学院学报》第2011年第7期;王骏:“违法性判断必须一元吗?”,《法学家》2013年第5期;王容溥:“法秩序一致性与可罚的违法性”,台湾《东吴法律学报》第20卷第2期。

二、不同法域之间违法性判断的争点

法秩序的统一性,是指在由宪法、刑法、行政法、民法等多个法域所构成的整体法秩序中不存在矛盾,法域之间也不应做出相互矛盾、冲突的解释。^{〔6〕}法秩序的统一性已成为法解释学的当然前提。这不仅是因为法解释学本身要求具有体系上的统一性(外在体系),法规范这一认识对象本身也要求具有统一的秩序(内在体系)。^{〔7〕}正如卡尔·恩吉施所言,法官在适用某个法律条文时,同时也是在适用整体法规范,或者说,法官虽然是对个别案件进行判断,但仍须从整体法秩序的角度进行判断。^{〔8〕}亦即,法秩序的统一性作为一种要求(Postulat)或者一种公理(Axiom),适用于立法与法解释,在从规范的角度观察各个法规范之时,就要求法规范的集合体不应该是一种自我矛盾的统一体,因而法秩序的统一性就必然要求排除诸规范之间的矛盾,进而要求违法判断的统一性。的确,法规范作为国家意志的直接体现,是一种行为规范,对于同一法律事实,不得既允许又禁止,自然要求在所有法域之间一元地、统一地进行违法判断,通常所谓“比照法秩序的整体精神”正是此意。在此意义上,违法判断的统一性无疑是立法者、司法者与解释者应该最大限度追求的理想状态。但是,现实社会必然蕴含各种矛盾,这种社会矛盾也当然会反映于作为规制社会矛盾的法规范之中,因而法规范之间存在某种矛盾或冲突,不仅有其社会存在论上的根据,更是法规范的宿命;而且,各个法规范的目的与法律效果各不相同,对违法性程度的要求也当然不同,因而违法判断的相对性又不可避免。这样,就需要协调法秩序统一性与违法判断相对性之间的矛盾,寻求最佳的“调和点”。

(一)学说之间的对立点

针对不同法域之间违法判断的关系问题,当前主要有缓和的违法一元论、违法相对论与违法多元论这三种学说。^{〔9〕}要确定不同法域之间的违法性判断的关系,首先需要明辨这三种

〔6〕 参见(日)松宫孝明:“法秩序の統一性と違法阻却”,《立命館法学》第238号。

〔7〕 参见(奥)Eugen Ehrlich:《法律的論理》,(日)河上倫逸等译,みすず書房1987年版,页116以下。

〔8〕 转引自京藤哲久,见前注〔1〕,页196—202。

〔9〕 日本学者前田雅英率先对学说之争进行了分类:主张在整体法秩序下一元地进行违法判断的,是违法一元论;主张违法判断可以在各个法域之间相对进行的,是违法相对论;违法一元论还可进一步分为严格的违法一元论与缓和的违法一元论,前者认为,违法性在整个法秩序中是“单一”的,没有违法相对性的存在余地,后者赞同违法性判断在整个法秩序中是“统一”的,但同时承认违法判断的相对性(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,页399—342)。不过,按照严格的违法一元论的观点,例如,就只能认为紧急避险在民法与刑法中的违法性评价是完全相同的,这显然不符合刑法与民法的明文规定,因而该说已为学界彻底摒弃,现在所谓违法一元论就是指缓和的违法一元论。然而,这种分类将多数学者主张的违法相对论混同于前田雅英等个别学者主张的违法多元论,不仅无视违法相对论与违法多元论之间的本质区别,更抹杀了本来意义上的违法相对论这一学说的存在本身,实质上是将学说对立简单地等同于缓和的违法一元论与违法多元论之间的对立。受其影响,我国学者要么将违法相对论简单地等同于违法多元论(参见刘为波:“可罰の違法性論”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第10卷),北京大学出版社2002年版,页74;郑泽善,见前注〔5〕;王容溥,见前注〔5〕),要么无视违法相对论的存在(参见陈子平:《刑法总论》(上),台湾元照出版2005年版,页219以下),要么不加甄别地直接接受这种分类方式(童伟华,见前注〔5〕;王骏,见前注〔5〕),均未能有意识地区分违法相对论与违法多元论。不得不说,以这种不精细不周密的学说分类为基础而展开的研究,就不无再考的余地。

学说各自的实质内涵以及相互之间的根本对立点。其中,缓和的违法一元论认为,法律为国民提供行为规范,对于同一法律事实,各个法域之间不应出现解释上的矛盾或冲突,因而在整体法秩序视野下统一解释违法性,坚持违法判断的统一性;不过,由于违法性的表现形式存在各种类别与轻重阶段,各法域所要求的违法性程度各不相同,刑法上的违法性必须具有值得科处刑罚的“质”与“量”,具有可罚的违法性,因而也承认违法判断的相对性。^{〔10〕}违法相对论认为,违法性概念共通于公法、私法等所有法域,当然应坚持法秩序的统一性,从整体法秩序的视角进行违法性判断,不能完全否认违法的统一性,但由于各个法域的目的与法律效果不同,所要求的违法性程度也当然不同,因而正面承认违法判断的相对性要更为“明快”。^{〔11〕}违法多元论也认为,作为国家意思的“违法还是合法这种判断”,在整体法秩序内应尽可能避免矛盾,也承认违法性判断在某种意义上是统一的,但强调由于法秩序总处于浮动状态,每个瞬间均包含各种层次的矛盾,对于“某行为被命令且同时未被命令,或者被禁止且同时未被禁止”这种矛盾,只能在“法秩序的目的所必要的范围之内”,尽可能消解而未必需要完全消解;而且,由于各个法域的目的与法律效果各不相同,导致该效果的“作为要件的违法性”的内容自然不同,因而直接主张不同法域之间的违法性判断是“相对”的,要更为明确且妥当。^{〔12〕}

由此可见,尽管各说均不否认违法判断的“相对性”,但各说对“相对性”内涵的理解则不尽一致甚至完全相左。这种区别集中体现于对可罚的违法性理论的态度上,并最终决定各说对刑事违法性的判断采取不同的判断结构。

可罚的违法性理论是由日本的刑事判例形成的一种限定处罚范围的司法理念。该理论认为,违法性观念存在于整个法领域,应从国家整体法秩序的视角统一判断,但由于各法域的立法目的、法律效果各不相同,因而各自所要求的违法性程度亦有不同。根据刑法的谦抑性与比例原则,作为犯罪成立要件之一的违法性只能是值得科处刑罚的违法性。因此,刑事违法性仅仅是指,在具有“一般违法性”(因违反了民法或者行政法等其他非刑法法规,被认定具有整体法秩序意义上的违法性)的情形之中,在“量”的方面侵犯法益达到一定程度、在“质”的方面违背社会相当性适于刑事制裁的情形。这种意义上的刑事违法性,称之为“可罚的违法性”,没有可罚的违法性就没有刑事违法性。^{〔13〕}围绕可罚的违法性理论,学界争议焦点有二:一是是否

〔10〕 参见(日)佐伯千仞:《刑法における違法性の理論》,有斐阁1974年版,页391;(日)林干人:《刑法の基礎理論》,东京大学出版会1995年版,页37以下;(日)曾根威彦:《刑事違法論の研究》,成文堂1998年版,页73、76;(日)福田平:《全訂刑法總論》,有斐阁2004年版,页146以下;井田良,见前注〔1〕,页142;松宫孝明,见前注〔6〕。另见王政勋:“违法的一元论和刑事违法的独特性”,载贾宇主编:《刑事违法性理论研究》,北京大学出版社2008年版,页136;陈子平,同上注,页219以下;郑泽善,见前注〔5〕;童伟华,见前注〔5〕。

〔11〕 参见(日)平野龙一:《刑法總論Ⅱ》,有斐阁1975年版,页218;(日)内藤谦:《刑法講義總論》(中),有斐阁1986年版,页700;(日)山口厚:《刑法總論》,有斐阁2007年版,页176;(日)今井猛嘉等:《刑法總論》,有斐阁2009年版,页273;(日)町野朔:“可罰的違法性の理論”,《法学教室》第207号;王容溥,见前注〔5〕。

〔12〕 参见(日)前田雅英:“法秩序の統一性と違法の相対性”,《研修》第559号;前田雅英,见前注〔9〕,页385;京藤哲久,见前注〔1〕,页196、210。

〔13〕 关于可罚的违法性理论的内容、演变以及对我国刑法理论与实务的借鉴意义,详见王昭武:“犯罪的本质特征与但书的机能及其适用”,《法学家》2014年第4期。

应承认该理论？二是若承认该理论，刑事违法性的判断又是否需要采取“一般违法性+可罚的违法性”这种二重判断结构？

对此，缓和的违法一元论认为：①违法一元性并不必然意味着其他法域的违法行为在刑法上也必须受到处罚，因而应支持可罚的违法性理论；②在适用可罚的违法性理论时，应采取“一般违法性+可罚的违法性”这种二重判断结构，亦即，要肯定具有刑法上的违法性，除了一般违法性之外，还必须同时具有可罚的违法性，因而一般违法性只是刑事处罚的必要条件，整体法秩序意义上的违法行为之中，存在可罚的行为与不可罚的行为；③通过采取二重判断结构，主张违法阻却事由既包括完全阻却违法性的“正当化事由”，还包括“可罚的违法阻却事由”，后者虽不能完全阻却违法性，但降低了违法性的“质”或者“量”，使之未达到可罚程度，因而虽不构成犯罪，但仍属于刑法上的“违法”行为，可成为正当防卫的对象。^{〔14〕}

违法相对论也承认可罚的违法性理论，但认为即便在其他法域违法，但不具有可罚的违法性的，完全可以作为“正当化事由”来处理（即在刑法上是合法的），没有必要特意区分“正当化事由”与“可罚的违法阻却事由”；^{〔15〕}而且，判断是否成立犯罪，只要直接讨论刑法上的违法性即可，在此之前无需进行是否存在“一般性违法”这种“第一次测试”，自然也无需特意采取“一般违法性”概念与二重判断结构。^{〔16〕}

反之，违法多元论则反对可罚的违法性理论，^{〔17〕}其主要观点在于：①刑法的违法性本来就是指作为犯罪成立要件、值得刑罚处罚的违法性，因而不必更不应该使用“可罚的违法性”概念，主张以刑事违法性概念（实质的违法性）取代此概念；②刑事违法性，就是指用于选定值得刑罚处罚之对象行为的要件，具有由刑罚这一效果规定其内容的一面，不应将是否值得刑罚处罚这一实质判断完全排除在违法性概念之外，因而只有“要件（违法性）与结论（处罚范围）之间的循环”才能推导出妥当的违法性内容，无需区分可罚性与违法性；③现实中并不存在违反所谓“一般违法性”的情况，在刑法解释论中，考虑这种“法秩序整体意义上的一般违法性”并无相应价值；④在完全阻却违法性的“正当化”事由之外，还承认可罚的违法阻却事由，只会将犯罪

〔14〕 参见（日）宫本英脩：《刑法学粹》，弘文堂1935年版，页5以下；（日）佐伯千仞：《刑法讲义（总论）》，有斐阁1981年版，页196以下；（日）松宫孝明：《刑法总论讲义》，成文堂2009年版，页108；（日）松原芳博：《刑法总论》，日本评论社2013年版，页113；曾根威彦，见前注〔10〕，页78；福田平，见前注〔10〕，页146。德国亦有类似观点，参见（德）Hans Ludwig Günther：“刑法上の正当化事由の分類”，（日）桥田久介绍，《立命馆法学》第236期。

〔15〕 例如，山口厚提出，“该行为被刑法之外的其他法域所禁止，这即便能成为该法域制裁该行为的基础，但在判断刑法上的违法阻却之际，这一点没有意义（毋宁说不得加以考虑）”（山口厚，见前注〔11〕，页177）。

〔16〕 内藤谦，见前注〔11〕，页694、701；町野朔，见前注〔11〕。

〔17〕 尤其值得注意的是，前田雅英虽明确反对使用“可罚的违法性”概念，但实质上是主张通过违法的多元性、实质的构成要件解释以及实质的违法阻却事由这三点来维持、发展可罚的违法性理论的实质，因此，可称之为“可罚的违法性理论的再构成论者”，或者可罚的违法性理论实质上的“最强烈支持者”。内藤谦，见前注〔11〕，页667、670；曾根威彦，见前注〔10〕，页78。

论过于复杂化造成无益的混乱,因而根本无需区分违法阻却事由与可罚的违法阻却事由。^{〔18〕}

为此,学说之间的实质对立可以归纳为两点:第一,缓和的违法一元论与违法相对论均认为,违法判断的统一性并不必然意味着其他法域的违法行为在刑法上也必须受到处罚,因而都承认违法判断具有“相对性”,也都赞同可罚的违法性理论,但其区别不仅仅在于是否正面肯定违法的相对性,更在于是否承认“一般违法性”概念,是否采取二重判断结构。亦即,对于那些虽具有一般违法性但不具有可罚的违法性的行为,前者认为是“虽然在刑法上违法但不具有可罚的违法性”,而违法相对论则直接认为“在刑法上不违法”。这才是两说的根本对立点。^{〔19〕}第二,违法相对论与违法多元论虽然都正面肯定违法判断的“相对性”,但各自所理解的“相对性”的含义却存在本质区别:前者主张的是在维护法秩序统一性下的“相对性”,不完全排斥“违法的统一性”,而后者则基本排斥“违法的统一性”,实际上是在实质的违法性的名义下主张违法判断的“多元性”(即各个法域的违法判断各司其职彼此独立),^{〔20〕}因而两说对可罚的违法性理论分别持肯定与否定态度。

(二)形成学说对立的理论基础

各说都承认法秩序的统一性,也不反对违法判断的相对性,但对于如何协调法秩序统一性与违法判断相对性之间的矛盾,则态度不一。形成这种对立的直接原因在于,各说是按照自己对法秩序统一性的理解而展开自己的违法相对性理论。因而对于法秩序统一性的不同理解,是形成学说对立的理论基础。

法秩序的统一性可以从三个层次来理解:逻辑的统一性、体系的统一性和目的的统一性。所谓逻辑的统一性,是指构成法秩序的诸规范之间在逻辑上没有矛盾,也即如果某一事项为某一个法规范所禁止,那么该事项就不得为另一个法规范所允许。在这个意义上,法秩序所呈现出的逻辑统一性表现为每一个法规范都可以用允许、禁止和命令这三个道义逻辑符号所标识。与此同时,由于允许、命令和禁止这三个道义逻辑符号之间存在相互转换的关系,因此,逻辑表达中的允许、禁止和命令任何一个逻辑形态都可以表征法秩序的统一性。^{〔21〕}

与逻辑的统一性关注法规范之间的无矛盾性以及相互转换性不同,体系的统一性更多地关注法规范之意义与功能及其在整个法体系之中的地位问题。在这个意义上,体系统一性的思考则要求我们进一步考量各个规范所表征的价值、所实现的功能是否与整个法秩序所形成

〔18〕 前田雅英,见前注〔12〕;前田雅英,见前注〔9〕,页92、299;京藤哲久,见前注〔1〕,页187以下。

〔19〕 此前多认为,二说之间的区别仅在于,是否正面肯定违法的相对性(参见(日)冈本胜:《犯罪論と刑法思想》,信山社2000年版,页146;曾根威彦,见前注〔10〕,页77)。更有学者认为,两种学说“在实际结论上也几乎不会形成差异,因而强调二者的不同,是不合适的”(内藤谦,见前注〔11〕,页697)。

〔20〕 由于违法多元论实质上主张的是完全独立于其他法域的“刑事违法性”概念,因而也有学者将其评价为“刑事违法性一元论”。参见(日)半田祐司:“違法の統一性論と違法多元論について”,载《三原憲三先生古稀祝賀論文集》,成文堂2002年版,页278。

〔21〕 参见 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, pp.128-131.

的客观价值秩序以及所构想的基本功能相契合,从而厘清整个法秩序所呈现的意义脉络。^{〔22〕}由此,体系的统一性需考量两个基本的要素:一是某一特定的法规范在法秩序整体中所呈现的意义、价值与功能是否与法秩序的整体旨趣相契合;二是当我们无法将某一社会生活事实涵摄到现行法规范时,是否可以从体系的统一性的视角去“宣谕”新的法规范。^{〔23〕}

法秩序在目的层面的统一性,是建立在对于社会生活事实所造成的领域分化使得体系的统一性不得不将原本铁板一块的法体系划分成诸多不同领域的诸多体系而加以应对的现实要求之上,而这一划分就必然会在诸具体的法律部门之间以及这些法律部门与体系之间产生“罅隙”,从而产生所谓“部门法的真空性”问题。^{〔24〕}为了解决这一问题,我们就必须考虑到各个部门法所追求的目的的多元性与法秩序整体所追求的目的的统—性之间的内在关联问题。就“部门法的真空性”问题产生的本质来看,其不过是由各自法域所追求的自主的目的之间产生的冲突所导致的,也就是说,各个部门法之间对合法与违法的判断标准不同导致了这种“真空性”的产生,由此,我们需要透过构想一个法秩序所追求的整体的与统—的目的来“调节”这种多元性的目的追求。而这个统—的目的即是所谓的“客观的真理与正义”之道德价值,这种对于统—性目的的追求构成了与法律产生必然关联的理想性面向。^{〔25〕}

从本文所关注的问题来看,笔者认为,严格的违法一元论(—法域合法则必然在其他法域合法、—法域违法则必然在其他法域违法)之理论基础乃在于法秩序的逻辑统—性,缓和的违法一元论和违法相对论的基础在于体系—目的的统—性。而违法多元论则拒绝在法域分化的基础上有一个理念性的正确目的,其坚守各个法域内所追求的目的的独立性与自主性。从法哲学的视角来看,缓和的违法一元论和违法相对论的理论基础最为合理。因为缓和的违法一元论和违法相对论—方面从理念、价值和目的的视角坚持法秩序的统—性,有助于我们将民法、刑法和行政法等主要法域的相同或相似的概念放置在同一个理论基点上进行审视和评价,从而在立法、司法、执法和守法的层面形成统—的尺度,有助于法律从整体上对于社会生活进行普遍和统—的调控;另—方面,缓和的违法一元论和违法相对论又基于社会分化和法律分化的基本要求,对不同法域在调整对象和调整方法上的独特性有所顾及,坚持各法域的相关概念的存在及其所追求的目的自主性,也即是说,同样的概念或行为在不同法域中可能获得截然相反的评价,这就要求我们在法秩序的统—性和违法判断的相对性之间找到—个适中的平衡点,而缓和的违法一元论和违法相对论恰恰是通过这种平衡点的寻找中所建立起来的理论。其集中体现了法哲学要求我们的目光应在社会生活事实多元性和法律规范的统—性之间往返流转的基本要求。^{〔26〕}

〔22〕 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,页317。

〔23〕 这也即是拉伦茨所言的“内部”的体系。同上注,页348。

〔24〕 参见(日)青井秀夫:《法理学概说》,有斐阁2007年版,页24—26。

〔25〕 参见 Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, translated by Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, Oxford University Press, 2002, p. 81.

〔26〕 这其中牵涉到二战之后法哲学的方法论转向问题,相关历史和理论的梳理可参见青井秀夫,见前注〔24〕,页287—328。

因此,有关不同法域之间违法性判断的争点,本质上在于“违法判断相对性”与“违法判断多元性”这两种判断理念之间的对立。这种对立具体体现于对前述三个命题的不同态度上。亦即,采取“违法判断相对性”判断理念的缓和的违法一元论与违法相对论的结论基本一致,均主张民法或行政法允许的行为,必然不具有刑事违法性;而民法或行政法禁止的行为,则未必具有刑事违法性;对民法或行政法认为并无保护之必要的利益,不能认定侵害行为具有刑事违法性。反之,采取“违法判断多元性”判断理念的“违法多元论”则主张,为民法或行政法所允许或者禁止的行为,未必不具有刑事违法性;对于民法或行政法不予保护的利益,刑法也可以根据自主目的予以保护。

三、法秩序统一性的要求及其对违法判断相对性的限制

“违法判断相对性”与“违法判断多元性”这两种判断理念之间的对立,是为了协调法秩序统一性与违法判断相对性之间的矛盾而形成,而且,同样采取“违法判断相对性”判断理念的缓和的违法一元论与违法相对论的根本区别在于是否承认一般违法性概念,因此,要找出一个适于我国现有犯罪论体系的违法性判断理念,有必要先明确法秩序统一性的要求、违法判断相对性的适用对象、一般违法性的存在价值等基本问题。

(一)法秩序统一性的要求

法秩序统一性与违法判断相对性之间的矛盾,实则体现的是整体法秩序的统一目的与诸具体法域之自主目的之间的冲突。所谓“法秩序的统一性,就是指目的论上的统一”,^{〔27〕}这种目的的统一性既容纳各个法域自身目的自主性,也坚持诸目的之间的协同性和统一性,从而各法域的自主目的最终服务于整体法秩序所追求的统一目的。因此,法秩序的统一性就对立法者和司法者提出了不同要求。对于立法者而言,必须考虑各法域的目的在何种意义上会发生冲突,并且应当通过何种立法的制度安排来消解这些冲突,从而达到法秩序的统一性和各法域的自主性之间的圆融无碍。在这一意义上,“民刑”交错、“行刑”衔接的问题应成为立法者所关注的核心问题。对司法者而言,则需要在解释论上坚持以“正义”的思考方式统摄个案的多元与歧异,以“正义”为导向将原本冲突的多元目的融合起来,在考虑不同法域之间的竞争与冲突,追求整体法秩序的统一目的的同时,追求个案公正。

具体而言,法秩序统一性与违法判断相对性之间的矛盾涉及法解释论的根基,以体系性思考与问题性思考之间的矛盾的形式体现于法解释论。一方面,法秩序统一性设想的是规范之间不存在矛盾的状态,是体系性思考的基础;另一方面,违法判断相对性则缘于问题性思考,设想的是一种矛盾状态。如果法秩序统一性的要求与承认违法判断相对性无法两立,只要承认法秩序统一性,势必应排除违法判断的相对性;反之,如果违法判断的统一性反而成为实现法秩序统一性的障碍,则只要承认法秩序统一性,就势必要克服违法判断的统一性。^{〔28〕}因此,

〔27〕 町野朔,见前注〔11〕。

〔28〕 京藤哲久,见前注〔1〕,页190以下。

问题最终归结于如何理解违法判断的“相对性”。对此,可以从两个方面来考虑:

一方面,违法性观念存在于公法、私法等所有法领域,当然应从整体法秩序的视角进行判断,看该行为是否为整体法秩序所允许,这是法解释的大前提。但法秩序的统一性是由正义思想推论而得,它不是逻辑上的,而是评价上的、公理式的一致性,^[29]并不必然意味着“严格的违法一元论”。^[30]具体就刑法而言,构成要件该当行为是否具有刑事违法性,就不能仅从刑法的角度,更应从“整体法秩序的角度”进行判断。其他法域认为违法而刑法上亦应认定为违法这一推论,既非推论上的必然,亦非刑事政策与刑罚目的的彰显,因而刑法不可能为了追求“逻辑的统一性”,而将所有民事违法行为、行政违法行为均认定具有刑事违法性,只能将那些违法性达到值得科处刑罚程度的行为认定具有刑事违法性,这样就需要在一定程度上承认违法判断的“相对性”。惟其如此,才符合构成要件的违法行为类型化机能,也符合刑法的谦抑性与最后手段性。这也正是可罚的违法性理论的根本旨趣。因此,构成要件该当行为如果属于民法或者行政法禁止的行为,就既可能具有刑事违法性也可能不具有刑事违法性。

另一方面,法的合目的性理念,自耶林(R.V.Jhering)以来,^[31]一直得到广泛承认,属于与正义、法的稳定性相并列的法理念。^[32]法规范也是目的的实现手段,各个法域的目的最终仍需服务于法秩序的整体目的,因而法秩序的统一性,就是指从目的论的角度来看,法域之间的整合性、无矛盾性,必然要求维持刑法与其他法域在整体目的上的统一性。倘若如违法多元论那样,在法秩序统一性之外强调各个具体法域的目的自主性,主张各个法域可以各自独立地判断违法性,民法或者行政法允许的行为既可能在刑法上合法也可能在刑法上违法,就是对“法的合目的性理念”的片面的、错误的理解,不符合“正义”的思考与要求。这样不仅会使得刑法在整体法秩序中陷入孤立,进而有碍于刑法与其他法域的协调联动,^[33]还有扩大处罚范围之虞,^[34]更可能招致刑法的伦理化、政策化。而刑法原本就是政治性很强的法律规范,更应防止将政策化与政治化直接联系在一起。为此,对于刑法的自主目的,就必须回归至刑法在整体法秩序中的定位——“刑法在根本上与其说是一种特别的法律,还不如说是其他一切法律的制裁”^[35]——进行重新考量。因此,基于法的合目的性理念以及对法正义的追求,违法判断的相对性必然要受到限制,绝不能是片面追求各个法域的自主目的的“多元性”(独立性),而必须是有助于实现法秩序的统一目的、受到法秩序统一性之限制的“相对性”。

[29] 拉伦茨,见前注[22],页46。

[30] 详细论证可参见王容溥,见前注[5]。

[31] 参见(德)鲁道夫·冯·耶林著、(德)奥科·贝伦茨编注:《法律是一门科学吗?》,李君韬译,法律出版社2010年版,页155。

[32] 参见(德)G·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,页73-77。

[33] 松原芳博,见前注[14],页113。

[34] 因为,所谓违法判断的多元性(独立性),不仅包括消极主张(其他法域的违法行为可以在刑法上正当化),也包括积极主张(其他法域的正当行为可以被认定为刑法上的违法行为)。

[35] (法)卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,页73。

(二)违法判断相对性的适用对象

要理解违法相对性的内涵,还需要明确违法判断相对性的适用对象,确定哪些情形下才会出现违法判断相对性的问题。在刑法学上,违法相对性概念往往在“不同法域之间的违法相对性”、“不同犯罪之间的违法相对性”、“不同主体之间的违法相对性”等意义上使用。其中,“不同主体之间的违法相对性”多出现在共同犯罪中,问题在于可否分别判断各个共同犯罪参与者的违法性,涉及共犯的违法性是否从属于正犯这种“违法的从属性”(亦称“违法的连带性”)问题。^[36]“不同犯罪之间的违法相对性”,是指在刑法领域内部,不同犯罪之间的违法内容各不相同,对各个犯罪的违法性的判断也完全是相对的,相互之间不存在从属性或者补充性。^[37]

不过,“不同法域之间的违法相对性”,才是犯罪论固有的违法论所要讨论的问题。这种违法相对性具体包括三种情形:①对于其他法域的违法行为,刑法并无相应规定(如通奸行为等);②对于刑法上的违法行为,其他法域并无相应规定或者不存在相应法律效果(如危险犯、未遂犯、贪污罪等);③某行为既属于其他法域的违法行为,同时也该当于某个具体犯罪的构成要件,但未必具有值得科处刑罚的“质”与“量”(如扒窃1.5元钱的行为。若其他法域的违法行为值得科处刑罚,则必然同时具有刑事违法性,不可能存在违法判断之间的冲突,亦无违法判断的相对性可言)。就第①种情形而言,国家是出于刑事政策的考虑对此类行为不予处罚,根据罪刑法定原则,根本不应该认定此类行为在刑法上违法;在第②种情形下,尽管杀人未遂等行为在民法上不会产生相应法律效果,仍然应该说,该行为在民法上、行政法上是违法的,否则就是混淆了违法性的问题与法律效果的问题。^[38]为此,这两种情形均不属于本文所要讨论的违法相对性的判断对象。

由于刑法不可能完全涵盖其他部门法的规制范围,更不可能取代其他部门法的职能,刑法与其他部门法之间既存在法域竞合也存在法域分化,唯有像第③种情形那样,存在法域竞合之时(亦即,一个行为同时触犯两个以上部门法,抑或说一个行为同时该当于两个以上部门法的法律要件之时),才可能出现违法评价上的冲突,才有探讨违法相对性的余地,也才需要适用可罚的违法性理论。^[39]为此,刑法解释论中的违法相对性的判断对象是受到限制的,除了必须是针对同一行为进行违法性判断之外,更重要的是,对象行为必须是在其他法域违法,且该当于某个具体犯罪的构成要件的行为。

(三)一般违法性概念的存在价值

如前所述,缓和的违法一元论与违法相对论、违法多元论之间的对立还体现于是否承认一般违法性概念,是否采取“一般违法性+可罚的违法性=刑事违法性”这种二重判断结构,而

[36] 详细论述参见(日)曾根威彦:“共犯と違法の相对性”,《研修》第512号。

[37] 平野龙一,见前注[11],页219;山口厚,见前注[11],页177。

[38] 参见(日)佐伯仁志:“実質的違法性”,《法学教室》第202号;林干人,见前注[10],页52;井田良,见前注[1],页143。

[39] 我国有学者以“民法中违法性判断的暧昧不清使其难以为刑法所参照”作为批判缓和的违法一元论的主要论据(王骏,见前注[5]),但这种观点无视法域之间存在分化即刑法与民法的规制对象并不完全竞合这一客观事实,未能明确“违法判断相对性的适用对象”这一前提性问题,属于没有针对性的批判。

且,这种对立更是缓和的违法一元论与违法相对论的本质区别。那么,在违法性判断中,一般违法性概念是否有其存在价值呢?

是否承认一般违法性概念,首先关系到是否承认可罚的违法阻却事由。缓和的违法一元论的先导者宫本英脩认为,犯罪的本质在于违法性(违反“一般性规范”),但刑法不可能采取将所有违法行为均科以刑罚这种“不逊”态度,因而有必要另外加上“可罚性”要件,采取“违法性+可罚性=犯罪”这种犯罪论体系。^{〔40〕}如前所述,在该说看来,承认一般违法性概念,采取“一般违法性+可罚的违法性=刑事违法性”这种二重判断结构,可以区分正当行为与“虽不能积极地谓之正当,但尚未达到刑罚处罚程度的行为”,前者属于完全阻却违法性的“正当化事由”,后者属于“可罚的违法阻却事由”,但在刑法上仍属于“违法”行为,可成为正当防卫的对象,因而一般违法性概念对于解释论并非没有实际意义。^{〔41〕}这种一般违法性概念遭到了违法多元论的批判,也不为违法相对论所接受。违法多元论认为,唯有值得刑事处罚的违法性,才对刑法解释论上的违法性判断具有实质意义,现实中根本不存在与具体规范以及相应法律效果毫无关系的所谓“通用于整体法秩序的一般违法性”,因而特意区分正当行为与“虽不能积极地谓之正当,但尚未达到处罚程度的行为”,在刑法解释论上鲜有实质意义,对可罚的违法阻却事由持否定态度。^{〔42〕}违法相对论也认为,所谓具有一般违法性但不具有可罚的违法性的行为,最终仍可评价为“可以做”的行为,完全可以作为“正当化事由”来处理(在刑法上是合法的),不必另外承认可罚的违法阻却事由。^{〔43〕}

是否承认一般违法性概念,更涉及是否承认刑事违法性的判断从属于民事违法性、行政违法性的问题。缓和的违法一元论认为,通过设定一般违法性这一前置性概念,既可以把握刑法上的违法性与其他法域的违法性之间的差异,更可以明确前者从属于后者这种内在关系,^{〔44〕}也即,“一般”合法性的判断可以排除刑事违法性,而一般违法性不过是刑事违法性的必要条件而非充分条件。^{〔45〕}违法相对论虽反对采取一般违法性概念,但仍基于刑法的谦抑性与补充性,支持刑事违法性判断从属于民事违法性、行政违法性这一结论。^{〔46〕}反之,违法多元论则不承认这种从属关系,认为对于民法或行政法上的合法行为,也可以认定为刑法上的违法行为。

〔40〕 参见(日)宫本英脩:《刑法大綱》,弘文堂1925年版,页68、120。

〔41〕 佐伯千仞,见前注〔14〕,页196以下;曾根威彦,见前注〔10〕,页78;福田平,见前注〔10〕,页146;井田良,见前注〔1〕,页142以下;松宫孝明,见前注〔14〕,页108;佐伯仁志,见前注〔38〕;(日)生田胜义:“可罚的违法性”,载阿部纯二等编:《刑法基本講座》(第3卷),法学书院1994年版,页47以下。

〔42〕 参见(日)前田雅英:《刑法総論講義》,东京大学出版会2006年版,页92、299;前田雅英,见前注〔12〕;京藤哲久,见前注〔1〕,页187以下。

〔43〕 山口厚,见前注〔11〕,页176;今井猛嘉等,见前注〔11〕,页273。

〔44〕 生田胜义,见前注〔41〕,页47以下;曾根威彦,见前注〔10〕,页78;佐伯仁志,见前注〔38〕;井田良,见前注〔1〕,页142以下。

〔45〕 参见(德)Hans Ludwig Günther:“可罚的不法の理論——西欧刑法の日本化?”,(日)浅田和茂译,《犯罪と刑罰》第6期。

〔46〕 平野龙一,见前注〔11〕,页219以下;町野朔,见前注〔11〕。

正如有学者所言,“刑法学者如果认为,只要考虑刑法上的违法性即可,那就是刑法学者的怠慢。”^[47]应当说,承认一般违法性概念,采取双重判断结构是有其积极意义的:

其一,可以明确违法性与可罚性之间的逻辑关系。如瑞林(E. Reling)所言,“在逻辑上,违法性是前提,可罚性是归结。我们是由可罚性而归纳性地认识违法性,但不是由可罚性演绎推理出违法性”,^[48]因而违法性与可罚性是存在逻辑上的先后次序的不同法律概念,可罚性的根据在于违法性,而违法性的根据却不在于可罚性。行为不是因具有可罚性而违法,而是因为违法才受到处罚,因此,只要属于某个法域的违法行为,就必然属于整体法秩序意义上的违法行为,具有一般违法性;至于是否对该行为适用刑罚这一法律效果,取决于在一般违法性的基础上,是否还具有可罚的违法性。

其二,可以更为精细地确定行为性质。构成要件该当行为必须放在整体法秩序的天平来衡量,经过价值判断来认定该行为是否与整体法秩序相对立、冲突,只有经过这层违法性的检验之后,才能终局判断该行为是否是整体法秩序所允许的行为。^[49]一方面,只要行为不具有违法性,是整体法秩序所允许的行为,就应属于刑法上的完全的违法阻却事由(正当行为),不可能成立犯罪;另一方面,某行为虽具有一般违法性,不属于刑法上的完全的违法阻却事由,倘若不具有可罚的违法性,同样不可能构成犯罪。宣示这种因不具有可罚的违法性而不构成犯罪的行为具有一般违法性,可以向公民清晰地传达法律的态度,发挥法律的晓谕机能:虽不构成犯罪,但不为整体法秩序所允许,属于受到否定评价的行为,可以成为正当防卫的对象。因为,只要将违法定义为法益侵害,将违法阻却定义为保全了同等以上的法益,就不得不承认,无论是因为法益侵害程度的“绝对轻微”还是“相对轻微”而不具有可罚性,均可定义为“违法”(一般违法性)。^[50]

其三,可以明确刑事违法性与民事违法性、行政违法性之间的从属关系。犯罪是对法本身的不法,^[51]刑事违法性的判断理应实质性地从属于民事违法性、行政违法性,后者是前者的必要条件。^[52]在这一意义上,可以说,刑法属于“第二次违法规范形式”。^[53]为此,不仅其他法域的违法行为未必能评价为刑法上的违法行为,更重要的还在于,其他法域的合法行为由于不具有违法性,当然不具有刑法上的违法性,这是刑法谦抑性与补充性在刑法理论尤其是刑法实务中的现实化,有助于防止刑罚权的扩张,有利于实现刑法的保障机能。

其四,符合刑法在整体法秩序中的定位。现代法律体系的建立不是以义务为出发点而是

[47] (日)山口厚、井田良、佐伯仁志:《理論刑法学の最前線》,岩波书店2001年版,页94。

[48] 转引自林干人,见前注[10],页48。

[49] 参见林钰雄:《新刑法总则》,台湾元照出版2009年版,页220以下。

[50] 松原芳博,见前注[14],页113。平野龙一将此类行为命名为“狭义的可罚的违法性”,即“尽管在刑法上也是违法的,但由于其违法性轻微,因而不属于可罚的违法性”(平野龙一,见前注[11],页219)。

[51] 参见(德)黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆1961年版,页95以下。

[52] 参见时延安:“论刑事违法性判断与民事不法判断的关系”,《法学杂志》2010年第1期。

[53] 参见杨兴培:“刑法交叉案件中‘先刑观念’的反思与批判”,《法治研究》2014年第9期。

以权利为基础,刑法的定位在于,以规定权利之产生、适用、消灭的私法等法规范的存在为前提,为了保护对该社会而言必须且不可或缺的基本权利,在明确且必要的限度之内,惩罚对权利的侵害或危险。这称之为刑法的担保性或补充性。^[54]因而基于刑法的这种性质,在刑法解释论上采取一般违法性概念与双重判断结构,这不是单纯的“形式逻辑的问题”,而属于“实体逻辑的问题”。^[55]

(四)对违法判断相对性的限制

下面的问题是,如何运用法秩序的统一性理念来限制不同法域之间违法判断的相对性。

法规范是国家意志的直接体现,是国民的行为规范,对于同一行为的违法性判断,应避免法规范之间的矛盾,因而应维持违法判断的统一性,在此意义上可以说,“法秩序的统一性就是指违法判断的统一性”;同时,违法行为会产生何种法律效果,取决于各个法域的性质、目的与政策性判断,违法性又会呈现不同类型与轻重阶段,各个法域所要求的违法性的内容及其程度亦不相同,因而需要承认违法判断的相对性,在此意义上又可以说,“法秩序的统一性并不必然排斥违法判断的相对性”。为此,违法判断的相对性与法秩序统一性乃至违法判断的统一性之间的矛盾并非不可调和:违法统一性并不是指,其他法域的违法行为必然在刑法上也是违法的(否则,就是严格的违法一元论);违法相对性也不是说,其他法域的合法行为可以被认定为刑法上的违法行为(否则,就是违法多元论)。相反,违法判断的相对性应受到法秩序统一性的限制,除了对象行为必须是在其他法域违法、且该当于某个具体犯罪的构成要件的同一行为之外,①构成要件该当行为如果属于民法或者行政法允许的行为,该行为必然不具有刑事违法性,任何时候都不得基于违法相对论或者违法多元论,判定此类行为具有刑事违法性;②构成要件该当行为如果属于民法或者行政法禁止的行为,并非当然具有刑事违法性,是否具有刑事违法性,还进一步取决于是否具有可罚的违法性;③对于民法或行政法认为并无保护之必要的利益,也不得无视整体法秩序的统一目的,仅以刑法目的的自主性为根据,直接认定侵害该利益的构成要件该当行为具有刑事违法性。因此,对于不同法域之间的违法性判断,正确的做法是,在法秩序统一性的视野下,以违法统一性为基础进行违法的相对性判断。这样就必然要求,在法域竞合的情形下,刑事违法性的认定前提是,构成要件该当行为属于民法或者行政法上的违法行为,^[56]只有在此基础上,才有必要也才可能判断行为是否具有可罚的违法性乃至刑事违法性。

强调法秩序统一性下的违法判断的相对性,是指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。但是,对于具有一般违法性的“某个行为”,之所以需要且能够讨论

[54] 参见(日)恒光彻:“刑法の二次規範性と補充性”(二・完),《法学論叢》第113卷第5期。

[55] 生田胜义,见前注[41],页47。

[56] 参见杨兴培、许其勇:“论刑事立法中的刑事违法性——解读刑法具有的二次性规范属性”,载贾宇主编:《刑事违法性理论研究》,北京大学出版社2008年版,页116。

其是否具有可罚的违法性,不是因为其具有一般违法性,而是因为刑法已经将“此类行为”纳入规制对象,该行为同时该当于某个具体犯罪的构成要件。这是罪刑法定原则的当然要求。对此,有学者提出,“犯罪行为的危害实质和违法本质,或者犯罪行为性质的认定,取决于前置法而非刑事法的规定”。^{〔57〕}按照这种观点,前置法与刑法的关系是,前置法“定性”、刑法“定量”,换言之,一般违法性与刑事违法性仅存在程度之别,一个行为能否成为刑事罚的对象,在“质”上取决于是否具有一般违法性,在“量”上取决于是否具有可罚的违法性。然而,首先,如上所述,在法域竞合的情形下,“前置法定性”仅仅意味着该行为是否具有整体法秩序意义上的“违法性”(一般违法性),是否存在认定刑事违法性的基础,但具有刑事违法性的根本前提还在于,该行为亦同时属于刑法的规制对象(行政犯亦不例外)。因此,刑事违法性的判断,是在具有一般违法性的行为之中,根据刑法的规定,甄别具有可罚性的行为,犯罪行为性质的确定,最终仍然取决于刑法的规定本身。其次,在法域分化的情形下,由于前置法的对象行为与刑法的对象行为并非一一对应,这种观点就未免偏颇。例如,尽管我们可以说,不能因为刑法上的受贿行为不受其他法规范的规制,就认为受贿行为在其他法域是合法的,但我们不能说,由于受贿行为不受其他法规范的规制,无法在前置法上确定其性质,因而无法成为刑事罚的对象。

四、解释论上的意义

在法律规范已经呈现多元化、多层次的表现形式的当下,妥善处理不同法域之间的违法性判断问题,对于重刑轻民观念根深蒂固的我国,意义尤其重大。“帅英骗保案”之所以引起巨大争议,不时发生的婚内强奸案件(尤其是发生在离婚诉讼期内的案件)之所以会出现“婚内无奸”与“婚内有奸”这两种决然对立的观点,^{〔58〕}其根源正在于未能确立一个处理不同法域之间违法性判断的关系问题的明确理念。刑法是法律统制的最终手段,通过刑法的解释,将其他法域的合法行为评价为刑法上的违法行为,显然有悖于刑法的“补充性”。^{〔59〕}因此,既然《保险法》对帅英的虚构年龄的情况已经明确规定了两年的除斥期,只要保险公司未在两年内解除合同,帅英的投保行为就已经产生法律效力,该合同就属于合法的保险合同,对此,就不能以行为人存在诈骗目的而排除《保险法》第 54 条的效力,而直接认定具有刑法上的诈骗罪的违法性;^{〔60〕}同样,只要夫妻关系仍在延续或者离婚判决尚未生效,就仍属于《婚姻法》上的合法夫妻,而《婚姻法》对夫妻拥有同居的权利与义务已作了隐形规定,尽管手段行为是“强”,但没有作为强奸罪之核心内容的“奸”,^{〔61〕}因而对于夫妻之间的强行性行为,就不能直接认定具有强

〔57〕 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。

〔58〕 详细论述参见梁根林:“形势政策视野中的婚内强奸犯罪化”,《法制与社会发展》2003 年第 4 期。

〔59〕 参见(日)小田直树:“公務執行妨害罪における職務行為の適法性”(二),《法学論叢》第 122 卷第 1 号。

〔60〕 详细论述参见邓子滨:《斑马线上的中国》,法律出版社 2013 年版,页 60—63。

〔61〕 杨兴培,见前注〔53〕。

奸罪的违法性。^{〔62〕}

事实上,在判断刑事违法性时,我国虽未必是有意识地在法秩序统一性的视野下,以违法统一性为基础进行违法的相对性判断,但立法论与解释论上已经体现了这种观念。例如,《刑法》第133条的交通肇事罪,就是以“违反交通运输管理法规”即违反相关行政法规为前提,若属于道路交通法上的合法行为,即便“发生重大事故”,也不得认定具有交通肇事罪的违法性。并且,2000年11月10日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定,即便违反了交通运输管理法规属于行政法上的违法行为,若没有可罚的违法性(至少造成1人以上重伤或者重大财产损失的严重后果),亦不得认定具有交通肇事罪的违法性;在同样“发生严重后果”的情况下,违反行政法规的严重程度(是否应负事故全部或者主要责任、是否是无证驾驶等)不仅影响到量刑轻重,更直接影响到有无交通肇事罪的违法性。又如,强行限制他人人身自由的行为,一般属于非法拘禁罪的构成要件该当行为,倘若属于民法上自救行为,则应认为,该行为不具有刑事违法性,刑法不应处罚此类行为。^{〔63〕}再如,我国《刑法》虽没有明文规定“法令行为”,但无论是刑法理论还是司法实务均承认基于法令所实施的行为,属于刑法上的违法阻却事由(正当化事由),而这里的“法令”当然包括民法、行政法等部门法,因而不可能采取一方面承认法令行为属于正当化事由,一方面又赞同“违法判断的多元性”这种自相矛盾的做法。因为,对于其他法令允许的行为,或者其他法令作为义务而规定的行为,刑法予以处罚的话,其结果就是,人们无法实施该行为,也会湮没该法令的本来旨意。

进一步而言,坚持在法秩序统一性视野下,以违法统一性为基础进行违法的相对性判断,其意义不仅体现于对违法性内容本身的理解,还直接影响到司法实践中诸多问题的解决:在总论上,涉及如何理解违法性认识的可能性、是否承认可罚的违法阻却事由、可否对紧急避险行为实施正当防卫等问题;在各论上,不法原因给付与财产犯罪、权利行使与财产犯罪是该问题的集中体现。

(一)违法性认识的可能性

违法性认识,是指行为人对自己的行为是违法的这一点存在认识;违法性认识的可能性,是指行为人在实施符合构成要件的违法行为时,能够认识到自己的行为是违法的。无论是采取主张违法性认识属于故意要素的“严格故意说”,还是采取认为违法性认识只是责任要素的“责任说”,要成立犯罪,均必须存在违法性认识的可能性。但我国学界对违法性认识的内容即这里的“法”是指刑法还是指一般法规范尚存争议。^{〔64〕}

在本文看来,是否具有可罚的违法性更多是一种法律价值评判,以对刑事违法性的认识作为构成犯罪故意的必要要件,显然是对公民法律素养的过高要求,在司法实践中不具有可行性

〔62〕 尽管社会发展到一定阶段,有可能会承认“婚内强奸”,但现在认定此类行为构成强奸罪,不仅不符合我国当下的社会状况,还会对家庭伦理造成冲击,带来诸多严重后果。例如,强奸罪是严重危及人身安全的暴力犯罪,根据《刑法》第20条第3款的规定,可以实行特殊正当防卫。如果妻子借此戕杀丈夫的,也要成立正当防卫,不仅完全背离了《刑法》第20条第3款之宗旨,更会给我国的社会伦理造成毁灭性打击。

〔63〕 林钰雄,见前注〔49〕,页221。

〔64〕 参见陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,页204—238。

(很多时候会出现由于无法证明行为人具有刑事违法性认识而不能确定其存在犯罪故意的情况)。因而,只要行为人对一般违法性——属于行政法或者民法等一般法规范所禁止的行为——存在认识可能性,就可以对行为人追究责任。亦即,违法性认识是对于“违反整体法秩序”或者“违反实定法”的认识。^[65]而且,对违法性认识的可能性的判断,作为广义的期待可能性的一环,是以期待方即国家与被期待方即行为人之间的紧张关系为前提,^[66]倘若采取违法多元论,对于符合民法或行政法的规定、不具有一般违法性的行为亦可认定具有刑事违法性,这无异于是说,对于某种行为,国家一方面采取允许该行为的态度,一方面又将此行为作为犯罪予以处罚。当公民基于与自己的生活密切相关的民法的合法性确信而实施某种行为时,亦可能被认定具有违法性认识的可能性而构成犯罪,这无异于是让公民承担国家的“错误”,不仅行为人人难以接受,不利于特殊预防,还会损害公民对于法律(国家)的信赖,更会限制公民对自己行为的预测可能性,有违罪刑法定原则之精神。因此,要认定具有违法性认识可能性,只要对整体法秩序意义上的“一般违法性”存在认识即可。

(二)可罚的违法阻却事由

一般违法性概念的存在价值不限于阶层式犯罪论体系。在我国传统的犯罪论体系下,符合构成要件就必然具有刑事违法性,因而民法、行政法上的违法行为完全可能因不符合构成要件而在刑法上是“合法的”,似乎没有承认一般违法性概念、采取二重判断结构的余地,也没有可罚的违法阻却事由的存在空间。然而,我国所谓“在刑法上是合法的”,只是意味着不符合构成要件、不具有刑事违法性,但行为不具有刑事违法性,并不意味着该行为是整体法秩序所允许的行为,仍然可能具有行政违法性或者民事违法性;而且,判断某行为是否具有刑事违法性,仍然应从整体法秩序的视角,通过“比照社会生活的秩序与社会正义的理念,从该行为是否有违整体法秩序的精神的角度来评价与决定”。^[67]毋宁说,因为刑事违法性之有无是一种实质性评价,可罚的违法性理念首先在立法阶段具有选定处罚对象行为的机能,在我国传统的犯罪论体系下,各个犯罪构成要件选定的只能是那些具有可罚的违法性、适于刑罚处罚的违法行为。我们不可能将所有构成要件该当行为(例如,正当防卫行为)均直接纳入刑事违法性的评价对象,而应以该行为具有一般违法性为前提,只有这样才能符合刑法的谦抑性与经济性。

具体而言,我国的刑事违法性判断,实质上是对行为的社会危害性程度进行实质评价,取决于社会危害性是否非“情节显著轻微危害不大”、具有“应受刑罚处罚性”。所谓“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,就是指“行为人的危害行为尚未达到应当受刑罚处罚的程度,法律不认为是犯罪”,^[68]是在承认行为具有一定社会危害性的基础上,通过认定行为的社会危害性属于“情节显著轻微危害不大”,而否定具有刑事违法性。符合第 13 条“但书”规定的行为之所以不构成犯罪,不是因为该行为不具有社会危害性、没有一般违法性,而是因为该行为

[65] 参见贾宇:《罪与刑的思辨》,法律出版社 2002 年版,页 170;松原芳博,见前注[14],页 243 以下。

[66] 松原芳博,见前注[14],页 250。

[67] (日)东京地判昭和 31 年 5 月 14 日判时 76 号 2 页。

[68] 胡康生、李福成主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社 1999 年版,页 17。

的社会危害性尚未达到应受刑罚处罚的程度,不具有可罚的违法性;之所以需要探讨某行为是否具有刑事违法性,正是以该行为具有行政违法性或者民事违法性为前提。^{〔69〕}因此,第13条“但书”规定就是可罚的违法性理念的体现,甚至可以说是可罚的违法性理念的法律化,符合“但书”规定就属于可罚的违法阻却事由。进一步而言,在我国,正当防卫等不具有社会危害性的行为属于(完全的)违法阻却事由,是整体法秩序意义上的合法行为,原本就没有探讨是否具有可罚的违法性、是否符合第13条“但书”规定的余地。

司法实务中,我国更有必要接受可罚的违法性理念,承认可罚的违法阻却事由。自《刑法修正案(八)》将扒窃入罪以来,不仅学界观点聚讼质疑不断,实务部门也面临严重困惑,案件处理乱象丛生,有的地方机械地将扒窃一律入罪,甚至出现了扒窃1.5元以盗窃罪定罪并处6个月有期徒刑的“荒诞剧”。^{〔70〕}其根本原因正在于,迄今未能形成一个处理不同法域之间违法判断的统一观念。尽管我国规定了“扒窃型盗窃罪”,不以“数额较大”或者“多次盗窃”为成立要件,但要將扒窃行为入罪,仍必须达到盗窃罪构成要件的类型化的违法性的最低标准,具有可罚的违法性。具体而言,首先,尽管“扒窃型盗窃罪”并无明确的数额限制,但绝非不存在罪量要求,仍然必须侵犯了值得刑法保护的、有发动刑罚权之必要的财物,这既是盗窃罪的财产犯罪属性所决定,更是刑事违法性在“量”上的必然要求,因而尚不能说,扒窃1.5元钱的行为在“量”的方面达到了必须以刑罚制裁来予以保护的法益侵害程度;其次,在一般民众的认识中,扒窃1.5元钱的行为属于小偷小摸行为,固然“可恶”,但难以完全避免,民众的呼声应该是通过行政处罚“广泛打击”,但未必是通过刑事处罚“严惩不贷”,若扒窃1.5元钱也要入罪,不仅与民众一直以来认为触犯刑律的都是极其严重的犯罪行为这种传统意识不相吻合,还会有损民众的行为预测可能性,因而该行为在“质”的方面违背社会相当性程度,也不能谓之为达到了应受刑罚处罚的程度。因此,扒窃1.5元钱的行为虽属于《治安管理处罚法》上的违法行为,但尚不具有作为刑事罚之对象的不法内容,而是符合第13条“但书”规定,应阻却可罚的违法性,不能直接入罪。^{〔71〕}为此,要界分属于刑事罚对象的扒窃行为与不过是行政罚对象的扒窃行为,就应以第13条“但书”规定作为法律根据,以可罚的违法性理念作为理论基础,协调整体法秩序的统一目的与刑法的自主目的之间的矛盾,使得个案结论符合“法的合目的性理念”以及对法正义的追求。

(三)针对紧急避险的正当防卫

我国《刑法》第21条与《民法通则》第129条分别就紧急避险做出了相应规定。紧急避险在我国一般认为是违法阻却事由,只要满足了紧急避险的要件,即便造成一定损害也不具有刑事违法性。^{〔72〕}引起紧急避险的原因大致可以归为四类:①由他人的合法行为引起;②由他人

〔69〕 参见王昭武,见前注〔13〕。

〔70〕 参见梁根林:“但书、罪量与扒窃入罪”,《法学研究》2013年第2期。

〔71〕 参见王昭武:“扒窃入罪:反思与限定”,《法律科学》2014年第4期。

〔72〕 对于紧急避险的性质,国外刑法理论仍存在“责任阻却说”、“违法阻却说”、“可罚的违法阻却说”、“二分说”之间的对立。松原芳博,见前注〔14〕,页167—173。

的不法行为引起;③由他人之物引起;④由自然原因引起。对于前两者,《民法通则》仅规定,“因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。受害人要求补偿的,可以责令受益人适当补偿。”对于后者,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第156条规定,“因紧急避险造成他人损失的,如果险情是由自然原因引起,行为人采取的措施又无不当,则行为人不承担民事责任。受害人要求补偿的,可以责令受益人适当补偿。”由此可见,《民法通则》仅规定了避险行为人在何种情况下不承担民事责任,而没有在民法上明确避险行为的性质。

如果采取违法多元论,仅从是否值得处罚的角度来判断违法性,或者直接采取违法相对论,认为凡阻却可罚的违法性的,都属于刑法上的合法行为,那么,紧急避险似乎原本就应该是完全的违法阻却事由,属于合法行为,没有对紧急避险行为实施正当防卫的余地。诚然,针对由他人的不法行为引起的危险实施紧急避险的,只要满足刑法上的紧急避险要件,就既属于刑法上的合法行为也属于民法上的合法行为,即属于整体法秩序下的合法行为(不具有一般违法性),对被转嫁危险的第三者而言,由于该避险行为不属于“不法侵害”,不得实施正当防卫,由引起险情发生的人承担相应民事责任。

然而,针对他人的合法行为、自然灾害、他人之物引起的危险,为了避免本人权益遭受损失而采取紧急避险行为,将此类危险转嫁给第三者的,虽满足了刑法上的紧急避险要件,属于刑法意义上的合法行为,但对原本与避险人所面临的危险毫无关系却被转嫁了危险的第三者而言,该紧急避险行为是否一定不属于“不法侵害”呢?因为,该避险行为要满足刑法上的紧急避险要件,除了必须是“不得已”之外,还必须是经过法益衡量,没有“超过必要限度造成不应有的损害”。但法益衡量以当时存在法益冲突为前提,而在紧急避险中,(除了避险人与被避险人的利益当时均处于共同危险状态之下的所谓“危险共同体”的情形之外)受到“正在发生的危险”威胁的,仅仅是避险人的利益,而作为被避险人的第三者的利益原本是安全的,正是因为避险人的转嫁危险的行为才被置于危险状态之下,在此意义上,可以说,正是避险人的行为才创造出了法益冲突状况,该第三者为什么只能甘愿承受这种“无妄之灾”而寄望事后弥补损失(按照上述司法解释,即便是要求补偿,也只能是获得“适当补偿”),而不能采取防卫行为积极保护自己的权益呢?而且,为了保护国家、公共利益或者他人的利益,该第三者为什么必须牺牲自己个人的财产利益乃至人身利益(甚至是生命)呢?尤其是,在紧急避险行为当时,该第三者基于自己的瞬间判断,为了保全自己的权益而对紧急避险人实施了防卫行为的,为什么一定不能构成正当防卫呢?因为,即便认为,只要满足刑法上的紧急避险要件的避险行为都属于整体法秩序意义上的合法行为,但要求该第三者在当时准确判断对方的行为究竟是不法侵害还是合法的避险行为,并迅速做出甘愿承受还是积极对抗的选择,不仅“勉为其难”,更是在没有切实正当理由的情形下,强迫其做出未必出自其本意的回避退让,可以说,这有不当限制公民的自我保全的权利之嫌。因此,依据“尊重个人原则”,不能以谋求社会整体利益的最大化作为法之目的的全部(“社会功利主义”),更不能将个人作为谋求他人利益或者社会整体利益的手段,此类避险行为虽属于刑法上的合法行为,但由于侵犯了合法的第三者的权益,就有将此类行为认定为“不可罚的违法行为”——虽属于民法上的违法行为,具有一般违法性,但不具有可罚的违法

性——允许该第三者对避险人实施正当防卫的余地。^{〔73〕} 这样,按照本文观点,对于紧急避险的法律性质,就有重新审视之必要。

(四)不法原因给付与财产犯罪

不同法域之间的违法判断的关系问题,在刑法各论的解释论上集中体现于财产犯罪。对于作为侵害对象的“财产”,存在着“法律的财产说”与“经济的财产说”之间的对立,前说立足于严格的违法一元论,认为值得刑法保护的财产限于民法上的财产权,后说立足于违法多元论,主张即便是民法上不能称之为财产的利益,只要具有财产性价值,在刑法上亦可作为财产来保护。“法律的财产说”将刑法上的财产限于形式意义上的合法的财产权,显然过于狭窄;但采取“经济的财产说”,则不仅会扩大财产罪的处罚范围,还会出现刑法保护的财产中,甚至包括民法上的非法利益等情况,因而现在多采取立足于缓和的违法一元论或者违法相对论的“法律的·经济的财产说”。^{〔74〕} 与此相对应,对于夺取型财产犯罪的保护法益,严格的违法一元论与违法多元论分别持本权说与占有说,但现在多采取立足于缓和的违法一元论或者违法相对论的“折中说”,即财产犯罪是通过侵犯占有权而最终侵犯所有权。^{〔75〕} 下面具体探讨“不法原因给付与财产犯罪”、“权利行使与财产犯罪”等问题。

例如,乙委托甲向丙行贿,但甲将行贿款全部或者部分据为己有的,甲是否构成侵占罪呢?这就是所谓不法原因给付与财产犯罪的问题,涉及到刑法是否有必要保护其他法域不予保护的权益的问题。因为,在刑法上承认保护被害人法益的必要性,在相反意义上,就意味着侵犯该法益的行为具有刑事违法性。^{〔76〕} 侵占罪的保护法益是财产所有权,甲是否成立侵占罪,关键在于,该行贿款的所有权是否仍属于乙。对于这种基于不法原因而给付的财物的所有权归属,日本最高裁判所的民事大法庭曾做出直接影响此后的刑事判决态度的重要判决。某男为了维持与某女之间的情人关系,向该女赠送了房屋,后又起诉要求该女归还房屋,对此,日本最高裁判所判定,即便赠与合同违反公序良俗归于无效,但该男所赠房屋属于《日本民法》第708条规定的“不法原因给付物”,^{〔77〕}这就表明,作为法秩序之整体,对于该物并不保护委托者,不仅不能以不当得利为由要求返还,也不得以自己拥有所有权为由要求返还,因而该房屋的所有权转移至受赠者。^{〔78〕} 也就是,不法原因给付物不再是“他人之物”,接受给付者有权处分财物。该结论亦为我国民法学界所接受。^{〔79〕} 按照该判决的旨趣,一旦乙出于行贿目的将行贿

〔73〕 曾根威彦,见前注〔10〕,页84;生田胜义:《行為原理と刑事違法論》,信山社2002年版,页283。

〔74〕 详尽论述参见(日)林干人:《財産犯の保護法益》,东京大学出版会1984年版,页3—176;张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,页834—841。

〔75〕 参见(日)山口厚:“盗窃罪研究”,王昭武译,《东方法学》2011年第6期。

〔76〕 曾根威彦,见前注〔10〕,页87。

〔77〕 《日本民法》第708条〔不法原因给付〕:因不法原因实施给付的,不得请求返还。但是,若不法原因仅存在于受益人一方的,则不在此限。另外,我国台湾地区《刑法》第180条第4项也做了相同规定。

〔78〕 参见(日)最大判昭和45年10月21日民集24卷11号1560页。

〔79〕 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,页272—280;刘言浩:《不当得利法的形成与展开》,法律出版社2013年版,页373—384。

款交给甲之后,乙便在民法上丧失了所有权。^[80]

对此,刑法学界存在“侵占罪成立说”与“侵占罪否定说”之间的对立。“侵占罪成立说”基于违法多元论认为,即便乙没有返还请求权,但并未由此丧失所有权,对甲而言,行贿款仍属于他人之物,因而满足侵占罪的成立要件。其理由在于,民法与刑法的目的、法律效果不同,不能说,民法不予保护的,刑法也绝对不能保护;而且,民法主要调整个人之间的利益关系,而对象物的“他人性”是侵占罪的成立要件,在民法与刑法的解释中理应存在差别,毋宁说,“针对非法获取行为,委托人是否存在值得保护的利益”才是问题之所在,即便乙是出于行贿目的,甲将受托财物据为己有的行为,仍具有侵占罪的可罚性。^[81]

但是,首先,“为了实现法所禁止的目的而实施的财产处分,处于法的保护之外”,^[82]既然乙没有返还请求权,就应认为也不存在值得保护的财产性利益,以财产罪来直接保护那些民法不予保护的不法原因给付者,采取的是“经济的财产说”,会招致整体法秩序内的自我矛盾。^[83]其次,按照“侵占罪成立说”的观点,在不法原因给付的场合,民法上的所有权已转移至甲,而“刑法上的所有权”却仍属于乙。然而,对于财物所有权的归属,法秩序必须做出统一判断。^[84]若脱离法秩序统一性的限制,过度强调违法判断的相对性甚至独立性(多元性),就会出现不受民法规制的“刑法上的所有权概念”这种“奇妙”现象,势必会保护那些不受民事法律保护的不法利益,这无疑僭越了财产犯罪本身的任务,^[85]更会造成保护法益的形骸化、空洞化,使得侵占罪丧失其作为财产犯罪的性质。^[86]最后,从司法实践来说,个人之间的财产关系首先是由民事法律来规制,财产罪是通过更严厉的制裁补强民事法的规制。判定甲成立

[80] 部分学者主张区分“给付”与“委托”,认为此类情形不属于转移所有权的“给付”而属于仅转移占有权的“委托”,因而不属于“不法原因给付”,甲应成立侵占罪(参见(日)林干人:《刑法各论》,东京大学出版会2007年版,页152以下;(日)大谷实:《刑法讲义各论》,成文堂2013年版,页308—311;(日)西田典之:《日本刑法各论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,页254以下;王昭武:“日本刑法中的不法原因给付物、委托保管物与侵占罪”,载刘明祥主编:《马克昌教授八十华诞祝贺文集》,中国方正出版社2005年版,页961—967)。不过,这种分类并未得到民法学界的认同(参见(日)佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法と民法の対話》,有斐阁2001年版,页46以下),也难以统一处理后述“逃避嫖资”的问题。

[81] 参见(日)前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会2008年版,页308—310;(日)藤木英雄:《刑法讲义各论》,弘文堂1977年版,页340;(日)内田文昭:《刑法各论》,青林书院1984年版,页363。我国亦有学者持此观点,参见李希慧主编:《刑法各论》,武汉大学出版社2009年版,页278;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2011年版,页117。

[82] (日)泷川幸辰:《刑法各论》,世界思想社1951年版,页157。我国的早期民事判例既已持此态度,例如,“以违背法令所禁止之规定为标的的法律行为,当然认为无效,其由此所生之权利义务,即属不能有效存在”(民国3年上字第6号判例要旨),转引自黄源盛编:《大理院民事判例全文汇编点校本》(第1册),台湾2012年自版,页400。

[83] 参见(日)团藤重光:《刑法纲要各论》,创文社1990年版,页637;(日)西原春夫:《犯罪各论》,筑摩书房1983年版,页230;(日)松宫孝明:《刑法各论讲义》,成文堂2008年版,页266以下;林干人,见前注[80],页150。

[84] 平野龙一,见前注[11],页218。

[85] 参见(日)林干人:《现代的经济犯罪:その法的規制の研究》,弘文堂1989年版,页100。

[86] 曾根威彦,见前注[10],页88。

侵占罪,这是“对于民法上并无返还义务者,通过刑罚制裁来强制其返还——至少是不得处分,会破坏法秩序整体的统一性”,^[87]更无异于直接以刑事手段强行保护民法上不予保护的利益,既有悖刑法的谦抑性与补充性,更不无鼓励甲按照乙的要求完成行贿之虞,而这与法的精神是背道而驰的。总之,“判断是否成立侵占罪,不可或缺的是,应通过民法层面的综合判断,来个别地判断能否认定被害人具有返还请求权。”^[88]因此,立足于维护法秩序统一性的视角,就应采取“侵占罪否定说”。^[89]

将盗窃犯寄放的赃物或者代为销赃所得价款据为己有的,亦属于不法原因给付与财产犯罪的问题。例如,乙将从丙处盗得的赃物交给甲保管或者委托甲代为销赃,但甲将赃物或者销赃所得价款据为己有的,甲是否成立侵占罪呢?对此,一般认为,应成立掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(“赃物犯罪”),即便将目的物据为己有,也不会对所有权造成新的侵害,因而侵占行为作为共罚的事后行为,为赃物犯罪所吸收,不再成立侵占罪。^[90]不过,倘若认为赃物犯罪无法完全评价侵占行为,赃物犯罪与侵占罪属于想象竞合,^[91]或者,在不能认定甲具有赃物犯罪之故意时,就需要讨论是否成立侵占罪。在违法多元论看来,尽管是出于不法原因而委托,但对甲而言,赃物或销赃所得价款仍属于“他人之物”,甲成立针对委托物的侵占罪(我国《刑法》第270条第1款)。^[92]然而,在本文看来,乙的委托属于不法原因给付,乙不存在返还请求权;保管赃物或者代为销赃的行为,原本是应构成赃物犯罪的行为,不应以刑法的财产犯罪来保护甲与乙之间的这种委托信任关系;而且,赃物的所有权仍属于盗窃罪的被害人丙,但甲与丙之间根本不存在委托信任关系。因此,甲将赃物据为己有的,只能成立针对遗忘物的侵占罪(我国《刑法》第270条第2款)。^[93]不过,对于销赃所得价款,盗窃罪的被害人丙从未实际占有或者所有,不能认定侵犯了丙的所有权,因而甲将销赃所得价款据为己有的,若不能成立赃物犯罪,就只能是无罪。^[94]

另外,嫖娼后以欺骗手段或者暴力手段免付嫖资的案件,也集中体现了“违法判断相对性”

[87] (日)团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年版,页193。

[88] 松宫孝明,见前注[83],页267。

[89] 参见何帆:《刑民交叉案件审理的基本思路》,中国法制出版社2007年版,页106;张明楷,见前注[73],页902。不过,通过欺骗手段使他人出于不法原因而给付财物的,例如,甲知道乙正在四处求购摇头丸,谎称自己可以弄到,然后侵吞乙支付的货款的,则一般认为甲应成立侵占罪(参见(日)山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,页319以下;西田典之,见前注[80],页221以下)。

[90] 参见(日)大判大正11年7月12日刑集1卷393页;山口厚,同上注,页354;西田典之,见前注[80],页255;张明楷,见前注[74],页902。

[91] 大谷实,见前注[80],页311;王昭武:“日本刑法中侵占盗窃赃物或销赃所获价款的行为与侵占罪”,《山东警察学院学报》2005年第4期。

[92] 参见(日)最决昭和36年10月10日刑集15卷9号1580页;前田雅英,见前注[80],页310。参见(日)大判大正8年11月19日刑录25辑1133页。

[93] 林干人,见前注[80],页153;山口厚,见前注[89],页354;(日)大判大正8年11月1日刑录25辑1133页;张明楷,见前注[74],页902。

[94] 参见(日)福冈高判昭和29年3月30日判特26号75页;林干人,见前注[79],页153。

与“违法判断多元性”之间的对立。这里的问题在于,是否应以财产罪来保护卖淫女对嫖资的债权。按照违法多元论,卖淫女的债权虽然是无效债权,但“是否成立刑法上的诈骗罪,应该独立于民法上的效果进行判断”,因而应成立诈骗罪或者抢劫罪。^[95]但是,债权之所以能认定为民法上的财产,是因为债务人有支付的意思与能力,或者债务人无意支付时可以通过民事诉讼确认债权,并借助强制执行而实现债权,^[96]而这里所谓“债权”是由有违公序良俗的卖淫行为所得,但“违反法律或者社会公共利益的”行为属于无效民事行为(《民法通则》第58条);而且,“契约成立,以行为适法为要件,如以不当行为或其他有害于公安公益之行为为目的而缔结契约者,法律上当然认为无效,则此契约上之权利义务亦自不能发生”,^[97]事先约定的嫖资这种债权自始无效。因此,应当认为,卖淫女的所谓债权不存在值得法律保护的财产性利益,卖淫女没有遭受财产性损失,^[98]也不能说嫖娼者取得了财产上的非法利益,因而不成立诈骗罪或者抢劫罪(当然,暴力行为可能构成侵犯人身的犯罪)。^[99]

(五)权利行使与财产犯罪

权利行使与财产罪的问题,是指在民事法律上有权取得财物或者财产性利益者,通过威胁、骗取、窃取、抢夺甚至抢劫等非法手段实现该权利的,是否成立财产犯罪的问题。司法实践中,此类问题多发生在权利行使人直接或者(通过所谓“讨债公司”)间接地通过暴力、胁迫手段,使对方产生恐惧心理,从而不得不归还财物、偿还债务的情形。

广义的“权利行使与财产犯罪”包括两种情形:一是“所有权实现型”,即所有权人采取威胁等手段,取回为对方所非法占有的自己之物的情形;二是“债权实现型”,即债权人通过威胁等手段实现其合法债权的情形。“所有权实现型”虽可谓是权利行使的一种类型,但实质上是有关财产罪之保护法益的本权说与占有说之对立的直接反映,取决于对处于他人占有之下的“自己之物”的解释。^[100]只要不持违法多元论主张彻底的占有说,就应认为,既然行为人在民法上拥有所有权,就不可能发生侵害非法占有者之财产权的问题,根本不具备财产犯罪的本质,不成立财产犯

[95] 前田雅英,见前注[81],页282;(日)名古屋高判昭和30年12月13日裁特2卷24号1276页。

[96] 林干人,见前注[80],页156。

[97] 民国3年上字第1035号判例要旨,转引自黄源盛,见前注[82],页432以下。

[98] 曾根威彦,见前注[10],页89。进一步而言,通过实施欺骗行为而逃避非法债务的,亦不能认定为造成了财产损失。张明楷,见前注[74],页841;西田典之,见前注[80],页222。

[99] 参见(日)广岛地判昭和43年12月24日判时548号105页。我国司法实务也有判例采取了这种观点。例如,被告人王某等三人到某酒店嫖娼,与“小姐”发生性关系后,以“小姐”没陪好为由拒付嫖资,并与酒店负责人侯某发生争执,用随身携带的匕首捅刺侯某右大腿等部位,致其因抢救无效死亡。对于该案,山东省东营市中级人民法院判定,王某犯故意伤害罪,判处有期徒刑15年(参见(2012)东刑一初字第30号)。未认定王某构成抢劫罪,这就表明,在一审法院看来,刑法不应保护“嫖资”这种民事法律关系上的无效债权。

[100] 根据《日本刑法》第242条、第251条的规定,虽然是自己的财物,但由他人(合法)占有或者基于公务机关的命令由他人看守时,就盗窃、抢劫、诈骗、敲诈勒索等财产犯罪,视为他人的财物。我国学说与司法实务对此均持肯定态度,《刑法》第91条第2款也体现了该旨趣。

罪,^{〔101〕}仅可就其手段行为研究是否构成非法拘禁罪、故意伤害罪等其他性质的犯罪。

司法实践中的问题,更多体现于“债权实现型”。例如,甲借钱给乙,虽已过约定偿还期限,且屡经催讨仍不偿还,于是,甲通过胁迫等手段,威逼乙偿还了欠款。对于此类案件,日本的判例与学界态度的演变对我国具有借鉴意义。债权人虽拥有 300 日元存款,却欺骗误以为其有 3000 日元存款的银行职员,提取了 3000 日元。对于该案,日本大审院连合部就权利行使与财产犯罪的问题做出了二战之前最为重要的判决,判定仅就超额部分即 2700 日元成立诈骗罪,并提出了适用于诈骗罪、敲诈勒索罪的三点原则:①在权利范围之内取得财物的,即便使用了欺骗、威胁手段,也不成立诈骗罪(敲诈勒索罪);②超出权利范围的,如果目的是可分的,则仅就超出部分,如果目的物不可分,则就财物全额成立诈骗罪(敲诈勒索罪);③仅仅是以权利行使为借口,非出于行使债权之目的的,则就财物全额成立诈骗罪(敲诈勒索罪)。^{〔102〕}随后,就敲诈勒索案件,大审院又提出了第四点原则:④权利行使的手段超出了法律所允许的程度,即便不成立敲诈勒索罪,也应成立胁迫罪,从而明确否定了“无罪说”,转而采取“胁迫罪说”。^{〔103〕}二战后,最高裁判所又做出了实质性改变此前判例态度的重要判决。被告人甲与乙一起开办公司,后因二人不和,甲决定退出公司,双方商定由乙向甲支付 18 万日元。乙支付了 15 万日元之后,再无意支付余款。为此,甲请丙等人帮忙讨债。于是,丙等人威胁乙说,不交钱就对他不客气。乙因畏惧又支付了 6 万日元。对于该案,最高裁判所认为,“对他人拥有权利者行使该权利的,只要是在权利的范围之内,并且,其方法没有超出社会一般观念所一般认可的程度,就不会发生任何违法性的问题,然而,超出上述程度的,就属于违法行为,认定成立敲诈勒索罪是妥当的。在本案中……无论被告人甲对乙拥有多少债权,也应就 6 万日元全额成立敲诈勒索罪”。^{〔104〕}该判决确立了“违法阻却型”的解决路径:即便存在权利,仍具有财产犯罪的构成要件该当性,若手段行为具有社会相当性,则阻却违法性。

与判例立场相对应,日本学界通说也历经了无罪说→胁迫罪说→敲诈勒索罪说的过程。现在,就超出债权范围的金额成立财产犯罪并无异议,但对债权范围内的金额是否成立财产犯罪,学界态度迥异。“财产犯罪否定说”的实质性理由在于,债权人拥有正当债权,只要是在权利范围之内,行为人就没有非法取得他人财物的意思,且由于同时消灭了债务,债务人也无财产罪意义上的实质性财产损失(但手段行为可能成立胁迫罪)。^{〔105〕}反之,“财产犯罪成立说”(通说)则认为,即便是行使正当权利,但法律并不允许以违反公序良俗的方法来实施,如果

〔101〕 参见刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,页 310。

〔102〕 参见(日)大连判大正 2 年 12 月 23 日刑录 19 辑 1502 页。

〔103〕 参见(日)大判大正 11 年 11 月 7 日刑集 1 卷 642 页、(日)大判昭和 5 年 5 月 26 日刑集 9 卷 342 页。由于我国并无胁迫罪,则要么无罪,要么成立寻衅滋事罪。

〔104〕 (日)最判昭和 30 年 10 月 14 日刑集 9 卷 11 号 2173 页。

〔105〕 参见(日)安里全胜:“權利行使と詐欺・恐喝罪”,《山梨学院大学法学論集》第 1 号;林干人,见前注〔80〕,页 166;西田典之,见前注〔80〕,页 238。

其手段、方法不具有社会相当性,就丧失了权利行使的性质,而属于权利的滥用;^[106]而且,通过非法手段所转移的财产本身就是非法得利,应认定对方发生了财产损失;^[107]不过,考虑到行为人毕竟是在行使权利,如果手段行为具有社会相当性,就可以阻却财产犯罪的违法性。^[108]由此可见,“财产犯罪否定说”是将手段与目的分而论之,在认定取财行为属于合法行为的同时,仅以手段行为作为追责对象;而“财产犯罪成立说”是将诱发手段行为的民法上的权利义务关系置于考虑之外,仅以“被害人”一方的物理的、经济的“损失”作为考察对象,将财物的交付本身视为财产损失,从而将手段行为与取财行为之整体视为不法。

此类情形下,一方面,债务人对自己的钱款存在所有权,且对自己钱款的占有也具有合法性(不能因为债务人负有债务,就认定其占有也由此变得不合法,尤其是就具有绝对的无因性的作为种类物的金钱而言);^[109]另一方面,尽管行为人的行为表面上符合财产犯罪的构成要件,但其实现的是自己的合法债权。这样,两种权利之间便存在冲突,法秩序必须就此做出价值取舍。这里的根本问题是,认定财产犯罪的违法性,是否不以民事法律关系上债权的合法与否为前提?

按照违法多元论,由于刑法与民法的目的各不相同,刑事违法性的判断不从属于民事违法性,因而会采取“财产犯罪成立说”。但是,第一,行为人行使债权的手段、方法是否具有社会相当性,并不影响行使合法债权这一行为性质。因为,既然行为人意图实现的是合法债权,就不具有非法占有他人财物的意思,而且,手段行为是否具有社会相当性与是否侵犯了财产权、是否构成财产犯罪原本属于不同性质的问题。与保护法益相对应,各个犯罪均有其固有的违法性,研究某个犯罪的违法性之有无或者程度之际,不能因为同一行为使得该法益之外的其他法益受到侵害或威胁,实现了其他犯罪的违法性,就肯定具有该犯罪的违法性或者据此提升该犯罪的违法性程度。^[110]只要认为违法性的实质在于法益侵害及其危险,各个犯罪的违法性内容当然各不相同,就不同犯罪而言,违法性判断完全是相对的(独立的)(即前述“不同犯罪之间的违法相对性”)。因此,不能以手段行为具有侵犯人身权利犯罪的违法性为根据,而认定该行为也具有财产犯罪的违法性。第二,要认定成立财产犯罪,必须侵犯了财产罪的保护法益。即便债权人是通过非法手段逼迫债务人偿还债务,由于属于有效偿还,被害人不再承担相应债务,在采取整体财产说的民法上,就不能认定被害人遭受了财产损失,既然在民法上不存在财

[106] 参见(日)木村裕三、小林敬和:《现代の刑法各論》,成文堂2008年版,页179。

[107] 参见(日)植松正:《刑法概論Ⅱ各論》,劲草书房1975年版,页427。

[108] 前田雅英,见前注[81],页301;大谷实,见前注[80],页298。该说主张的相当性的判断标准为:①出于行使权利的正当目的;②在权利的范围之内;③在社会观念上手段是必要且相当的(参见(日)木村光江:《財産犯論の研究》,日本评论社1988年版,页515以下)。

[109] 参见(日)町野朔:“権利の実行と恐喝罪”,载芝原邦尔等编:《刑法判例百選Ⅱ各論》,有斐阁2007年版,页103;佐伯仁志等,见前注[80],页234。反之,山口厚以债务人对与债务金额相对应的金钱的占有不具有合法性为由,也肯定有成立财产犯罪的可能性(山口厚,见前注[89],页334)。

[110] 林干人,见前注[10],页51;町野朔,见前注[11]。

财产损失,又何来财产罪意义上的财产损失呢?因为,如果认为只要存在财物交付就必然存在财产损失,只会使得“财产损失”这一概念有形无实流于形式。^{〔11〕}第三,相对于民事法律偏重于确定财产秩序,刑法的谦抑性、补充性决定了刑法不应主动介入民事纷争,其机能不在于“积极地”创建新的财产秩序,而在于“消极地”维持现有财产状态,要求人们在现有秩序的框架之内开展活动,因而行为人的行为是否具有财产犯罪的违法性,应以行为人是否具有民法上的合法债权为前提,看行为人的行为是否具有值得科处敲诈勒索罪、抢劫罪等的可罚的违法性。为此,以刑法目的的自主性、独立性为根据,将行使民法上合法债权的行为(即在行使债权这一意义上的合法行为)直接认定为刑法上的违法行为,认定行为人构成财产犯罪,实质上是以刑法来确立不同于民法判断的“财产损失”,是以刑法来调整私人间的财产关系,不仅有悖刑法的谦抑性与补充性,更会引起法秩序内部违法性判断上的矛盾,有损法秩序的统一性。有鉴于此,就应在违法统一性的基础上进行违法的相对性判断,认为刑事违法性的判断从属于民事违法性,行为人有无合法的债权、“被害人”有无实质性财产损失,才是判断是否成立财产犯罪的本质要素,因此,若行为人在行使债权的目的之下实现了民法上的合法债权,就不能认定行为人的行为具有财产犯罪的违法性。

此类行为之所以容易被认定为财产犯罪,债权人没有采取民事诉讼等法定程序也是重要原因之一。诚然,禁止私力救济是近代法的重要原则,取而代之的是,无论任何人都有向集中掌握了强制力的国家机关寻求法律救济的权利。原则上,法治国家当然应禁止私力救济,避免出现强者仰仗个人强力而只有弱者才依靠法律救济的现象。但问题在于,任何一个法治国家都不可能完全贯彻作为占有说之基础的禁止私力救济的思想,更无法以刑法之力完全禁止私力救济。因为,第一,冀望公民任何时候都借助公力救济,不过是一种理想状态,当下更不具有可行性;第二,如果彻底贯彻该原则,甚至将不值得刑法保护的占有,也一律纳入财产罪的保护对象,就超出了保护个人财产这一刑法的本来任务,存在助长禁止私力救济、强制民事诉讼这种极度法治国家思想之虞;^{〔12〕}第三,只有私力救济行为侵犯了刑法所保护的法益,才有以刑法规制该私力救济行为的必要。为此,是否属于应予禁止的私力救济,(除了紧迫性要件之外)往往取决于行为人的手段行为是否具有社会相当性。^{〔13〕}正因为手段行为不具有社会相当性,行为人才可能构成非法拘禁罪、故意伤害罪等人身犯罪。但如前所述,财产犯罪与人身犯罪的违法性内容各不相同,不能以行为人实现债权的行为同时具有侵犯人身权利犯罪的违法性,就直接推定行为人的行为亦具有财产犯罪的违法性。因此,对“权利行使与财产犯罪”的问题,应采取“财产犯罪否定说”。

〔11〕 西田典之,见前注〔80〕,页238。

〔12〕 西田典之,见前注〔80〕,页155。

〔13〕 私力救济作为一种“紧急行为”,若满足以下要件,可得以正当化:①权利遭受了不法侵害;②无暇等待国家机关的救济;③若不立即行使实力,权利的事后恢复将变得不可能或者显著困难;④属于为了恢复权利的必要且相当的行为。松原芳博,见前注〔14〕,页190。

在我国,如何理解《刑法》第 238 条第 3 款之规定,是有关权利行使与财产犯罪问题的适例。按照该款规定,“为索取债务非法扣押、拘禁他人的”,不构成绑架罪。2000 年 7 月 13 日最高人民法院《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》认为,这里的债务包括“高利贷、赌债等法律不予保护的债务”。司法解释的这一观点在我国处于主导地位。显然,所谓“法律不予保护的债务”,是指不受民事法律保护的债务,为了索取这些不受民事法律保护的债务而非法拘禁他人的不构成绑架罪,就意味着,没有侵犯对方的财产权。当然不能就此断言司法解释是在肯定这种非法债权,但对实现这种非法债权的行为的定性,却至少是将行为人是否具有民事法律上的合法权利置于考虑之外,实质上采取的是违法多元论。然而,以财产罪来保护(至少是认可)这种民法上的无效债权,不仅不合法秩序统一性的要求,也难言真正符合财产罪的立法目的以及对法正义的追求。为此,该款的旨趣就应该理解为:为了维持法秩序的统一性,基于刑法的谦抑性,对于受到民事法律保护的债权,在刑法上,应认定没有侵犯债务人的财产权利,没有侵犯财产罪的保护法益,为索取合法债务而非法拘禁他人,甚至由此“致人重伤的”或者“使用暴力致人伤残、死亡的”,都属于以非法手段实现合法债权的行为,手段行为虽然可能构成非法拘禁罪、故意伤害罪或者故意杀人罪,但不能构成绑架罪。因此,这里债务应限于“合法债务”,即受到民事法律保护的债务。^{〔114〕}

在前述“陈某抢劫案”中,陈某是否成立抢劫罪,问题的实质正在于如何处理权利行使与财产犯罪的问题。按照本文观点,在该案中,陈某作为债权人,在债务人史某不履行还债义务的情况下强行索债,虽然采取了欺骗与暴力、胁迫手段,但当场书写“收到 55 万元还款”的收条并强迫史某写下“还欠陈某某 23 万元货款”的欠条的行为,就表明其目的仅在于实现其合法债权,主观上没有非法占有他人财物的目的;并且,史某也相应地消除了 55 万元的债务,不能认定其遭受了 55 万元的财产损失;尤其是,陈某的行为虽然客观上侵害了第三人的财产权利,但系基于民法意义上的重大误解所致,应属于民法调整的范畴,而不应以刑法直接规制。因此,二审依法撤销一审判决并判定陈某不构成抢劫罪的结论是正确的。

五、结 语

在涉及“民刑”交错、“行刑”衔接的案件层出不穷的当下乃至往后,如何处理不同法域之间的违法性判断的关系问题,是法解释论上的重要课题,涉及法解释的基本理念,更关系到如何理解“社会相当性”、“社会一般观念”、“预测可能性”等刑法的基础概念。正如君特(H.L. Günther)所言,既然国家是通过法规范来向国民宣示并要求一定的态度,就同一事态统一地显示国家意思、避免出现相互矛盾,就属于国家的任务;如果国家设定的是一种无法发挥行为选择机能的规范系统,就会使规范丧失评价机能,法的规制机能也无从运行,进而会否定规范

〔114〕 李希慧,见前注〔81〕,页 225;张明楷,见前注〔74〕,页 795。

本身的存在理由。^{〔11〕} 因此,应在法秩序统一性视野下,以违法统一性为基础进行违法的相对性判断:民法或行政法允许的行为,必然不具有刑事违法性;而民法或行政法禁止的行为,则未必具有刑事违法性;对民法或行政法认为并无保护之必要的利益,不能认定侵害行为具有刑事违法性。

本文立足于刑法解释论的视角,论证了不同法域之间违法性判断的关系问题,强调在法域竞合的情形下,刑事违法性判断从属于民事违法性或者行政违法性。那么,接下来的问题是,刑事违法性的认定对于民事违法性或者行政违法性的判断有何意义呢?亦即,能否以刑事违法性为根据而直接认定行为具有民事违法性或者行政违法性呢?或者,能否以合同标的、合同目的或者履约行为等具有刑事违法性而直接判定民事合同无效呢?这些都属于仍需进一步研究的重要课题。

Abstract: It has been a controversial theoretical problem all the time that whether the illegal judgment in the different legal unit should maintain unity, or be relative, or even be dependent of each other. The answer to this question will directly determine the verdict of cases which involves the connection issue between civil law and criminal law, as well as administrative law and criminal law. The essence of this problem is the opposite standings between the ideal of judgment of “the principle of relative judgment by law” and “the principle of multiple judgment by law”. The right solution is to make the relative judgment by law based on the unity of illegality under the view of the unity of legal order. Therefore, the behaviors which civil law or administrative law allows must have no criminal illegality. But the behaviors which civil law or administrative law forbids may not have the criminal illegality. For the interest that civil law or administrative law does not necessarily protect, the infringements should not be considered as a violation of criminal law.

Key Words: the Unity of Legal Order; Illegal Judgment; General Illegality; Relativity; Multiple

(责任编辑:江 溯)

〔11〕 转引自半田祐司,见前注〔20〕,页281。