

部门法交叉视域下刑事违法性独立判断之提倡

——兼论整体法秩序统一之否定

郭 研

【摘 要】结合我国立法及司法实际,应将法秩序统一中的“法秩序”理解为各部门法域内的秩序,以及下位法同上位法之间的秩序,而非各部门法之间的整体法秩序。同位法秩序之间的一致是立法者的追求,而非司法者的义务,法秩序统一原理原本强调整体法秩序的统一应当被否定。重构法秩序统一立足于各部门法对其内部秩序的遵从,以不突破作为上位法的宪法为限,无须受同位法一致性的桎梏。刑法中的概念是独立的,不需同前置法一致。刑事违法性的判断内含着对法秩序统一的理解,不应完全从属于前置法。在刑法同前置法规制范围存在重合的情况下,刑事违法性的判断天然地要从属于前置法,但其从属的依据是空白刑法立法本身,而非整体法秩序统一或一般违法的从属性;在刑法同前置法规制范围不重合的情况下,刑事违法性的判断当然独立。刑事违法性的判断应坚持法益标准,应当警惕合法外衣下的实质违法行为,民行合法不必然推出刑事合法,民行违法也不必然推出刑事违法。

【关键词】整体法秩序;法律位阶;法益;刑法独立性

【作者简介】郭研,西北政法大学刑事法学院(西安 710063)。

【原文出处】《南京大学学报》:哲学·人文科学·社会科学,2020.5.76~87

【基金项目】司法部2018年度国家法治与法学理论研究项目(18SFB3015);陕西省2020年社会科学基金“新型金融犯罪的违法性判断问题研究”项目;陕西省高校青年创新团队“大数据时代西北地区社会治理中的刑事法治”项目。

一、问题的提出

财产犯罪的认定与民法的关系、经济犯罪的认定与行政法、民商法的关系是刑法学涉及部门法交叉问题的关键,其根源在于刑事违法性的判断及其对法秩序统一的理解。刑事违法性的判断是否应当从属于前置法,是绝对从属、相对从属还是完全独立仍有争议。目前,我国学者针对该问题的研究已初具规模,形成较鲜明的学术争鸣。其中,几乎无人主张绝对从属的观点,均否定刑事违法性的判断与前置法应完全一致,否定严格的遵守“法秩序统一原理”。但对于刑事违法性的判断是独立判断,还是从属判断,仍有不同的观点。^①

多数学者主张刑事违法性的从属判断,也即相

对判断,在具备一般违法性的前提下,再讨论刑事违法性判断的特殊性,这其中又包含相对从属性、相对独立性两种立场,但相关讨论几乎都忽视了前置法中合法的行为能否成立犯罪的问题,认为民法或行政法等前置法允许的行为,必然不具有刑事违法性。

实际上,在阶层犯罪论体系中,“法秩序统一原理”和刑事违法性的判断是两个不同的问题,分属于不同层面。“法秩序统一原理”是一种违法阻却原理,是指在行为符合构成要件的基础上,进行违法性判断的时候,如果该行为在其他法律中是合法的,则应当否定其刑法的违法性。而刑事违法性的判断,尤其在行政犯的情况下,属于构成要件中规范构成要素的认定。

可以说,在不同阶层对刑事违法性、法秩序统一进行分别讨论是德、日等国“法秩序统一原理”的原意,最早可以追溯到德国法学家卡尔·恩吉施提出的“法秩序统一性”这一概念。但是我国学者对该问题的讨论争议均集中在构成要件该当阶段^②,而这种讨论虽已与“法秩序统一原理”的原意渐行渐远,但却对刑法违法性判断本身意义重大。从立法上看,我国并没有同德国一致的附属刑法立法,刑事违法性的判断依据集中在刑法,只是由于存在评价对象的重合,刑法的违法性判断同其他部门法存在交叉。在判断刑事违法性时存在着鲜明的主从关系,即以刑法立法为“主”,根据空白刑法的立法要求,以其他部门法为“从”,而在不存在空白刑法立法的情况下,如刑民交叉中的不法原因给付行为,刑法则应当根据自己的法益保护进行违法性的独立判断。

在我国,行政犯的认定乃至刑法同其他部门法的交叉适用,天然地在构成要件该当阶段就内含了这种对法秩序统一的思考,并且举足轻重。因此,应当结合我国立法及司法实际,重新解构原本在违法性阶层讨论的“法秩序统一原理”。

可以认为,刑事违法性判断的独立性与从属性之争的关键在于对“法秩序统一”认识的基本立场,本文力图在重新解构法秩序统一的基础上,通过对一系列表象问题的解决,阐述刑事违法性独立判断的必要性。

二、解构“法秩序统一原理”:整体法秩序的一致

(一)理论缘起

1935年,卡尔·恩吉施首先提出“法秩序统一原理(Die Einheit der Rechtsordnung)”,他主张,法秩序统一性要求排除法规范之间的矛盾,要求违法判断的统一性;社会的多样化发展使得作为维系社会秩序、解决纷争的法律制度,在不同的法领域多元化、细致化发展,法官对于个案应个别裁判,但仍然不能脱离全体法秩序而进行判断,因为在适用某个法律条文的同时,就是在整体法秩序下的适用;法官在对于个案适用某个法律条文时,是在整体法秩序下的适用。因此,一个行为在某一法领域被认定为违法,那么在全体法秩序中都应该被认定为违法。如果法律

体系内部出现矛盾,不仅无法为公民生活提供行为规范,还会对法律体系本身造成结构性破坏。^③“法秩序统一原理”作为公理被普遍接受,法秩序统一下的违法一元论一直处于通说地位^④,法秩序应当具有统一性也一度成为法解释学的当然前提。但如何理解法秩序统一,理论上存在很大的分歧,有存在论和目的论两种立场。存在论者如恩吉施、木村龟二教授主张法秩序逻辑上的一致,表现为法律体系内部、部门法之间的逻辑自洽,其目标是为了保证公民能够根据法律规范确定自己的行为,而不至于对不同法律规定的不同禁止与命令无所适从,即使仅具有形式意义,法秩序的统一性也必须坚持。目的论者则主张不同法律领域的目的不同,提供行为规范的法律与法律之间产生规范矛盾是有可能的,比如刑法肯定紧急避险的合法性,但在民法上则负有损害赔偿义务,当人们面对不同的法律领域所提供的不同的行为选择时,公民可以自行选择自己的行为。^⑤显然,目的论的这种立场区分肯定了不同法之间的差异性,也在后来的论战中占据主要位置。

就法秩序统一的要求而言,恩吉施总结了四种需要避免的矛盾:技术的矛盾(Technischen Widersprüche)、规范的矛盾(Normwidersprüche)、评价的矛盾(Wertungswidersprüche)以及原则的矛盾(Prinzipienwidersprüche)。在违法性的判断中,法秩序统一所要求的是避免其中的规范矛盾。所谓规范矛盾,是指在某个法律规范中,法律要件T的法律效果是R,但在另一个法律规范中法律要件T的法律效果却是非R,或者某个法律规定,法律要件T的效果同时是R与非R。^⑥避免规范的矛盾包含两个层面的内容:一种是部门法之间的规范矛盾,即呈现出被允许与被禁止,或者被禁止和被命令,或者被命令和不被命令等;另一种情形是在部门法自身的内部存在对同一要件的矛盾评价,出现同时的禁止与不禁止情形,进而出现某一行为同时合法、违法的矛盾情形。^⑦对于前者,“法秩序统一原理”的核心要求表现为对整体法秩序的遵循,宪法、刑法、民法等多个法领域的法秩序之间应当互不矛盾,更为准确的说,这些个别的法领域之间不应作出相互矛盾、冲突的解释。而

对于后者,学界鲜有研究,对法秩序统一的探讨多集中在法与法之间的适用问题上,而未能在该场域检视部门法自身内部的规范矛盾。

由此,在某一法领域被认为是合法的行为,在其他法领域就不能认定为违法而加以禁止,或者不能出现与之相反的情形,这是“法秩序统一原理”的基本思路,否则如果出现民法中被允许的行为在刑法中却要受到处罚,行为人将不知所措。法秩序的统一就意味着违法的统一性或者违法的一元性^⑧,本质是整体法秩序的统一。据此,部门法之间的违法性判断要在基本一致的前提下进行,肯定前置法合法→刑法合法,肯定前置法违法→刑法违法,进而否定前置法合法→刑法违法,否定前置法违法→刑法合法的情形。

(二)学说分歧

德国和日本对部门法之间法律适用的争议在于刑事违法性判断是统一性还是独立性,德、日理论目前的通说是前者^⑨,但具体的理论架构、判断路径又有所不同。统一性所强调的是整体法秩序的一致,基于整体性、普遍性、一般性的考察,强调刑事违法性判断的统一。

最早强调刑事违法性判断是“统一性”而非“独立性”,提出严格的违法一元论的学者是木村龟二教授。^⑩但由于严格的违法一元论认为,违法性在整个法秩序中是“单一”的,不同门类的法律违法性在“质”和“量”上都是相同的,没有违法相对性的存在余地,绝对的坚持整体法秩序统一,忽视了不同法律领域的特定机能以及法律责任上的差异,无法区分民法、行政法以及刑法上的违法行为,已为学界所弃。^⑪违法相对论(多元论)则因为完全独立于其他法域的“刑事违法性”概念,也被称为“刑事违法性一元论”^⑫,实质上是对法秩序统一的全面排斥,同其他学说有本质区别。日本学界关于法秩序统一的主张有严格的违法一元论、违法多元论(相对论)、缓和的违法一元论。

与德国坚持违法性判断的统一性不同,日本在“一厘事件”^⑬后又提出了“可罚的违法性”理论,由宫本英修在其1926年《刑法学纲要》一书中首创,并于

1968年受到坚持严格违法一元论的木村龟二教授的严正挑战,同一时期,可罚的违法性概念“保卫战”正式开展,产生了“违法的相对论”与“缓和的违法一元论”的对立。^⑭经过几番论战及实践检验,日本学界目前通说采缓和的违法一元论,其一方面主张违法性判断应就整体法秩序进行统一评价,因而提出对“一般违法性”的严格判断;另一方面又认为违法在不同法领域有不同的表现形式,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,进而在具备一般违法性的前提下,增加了“可罚的违法性”的二重判断,主张一般违法性是判断刑事不法的大前提,而可罚的违法性则是刑事不法判断的小前提,两个前提必须同时满足。

对于法秩序的统一性与刑事违法性判断的关系,必须考量的两个问题是:第一,在其他法领域合法的,是否必须在刑法上也评价为合法?即实质是对一般违法性的概念是否认同;第二,在其他法领域违法的,是否必须在刑法上也评价为违法?严格的违法一元论对上述两个问题的回答均是“是”,违法相对论的回答均是“否”,而缓和的违法一元论对问题一的回答是“是”,对问题二的回答则是“否”。^⑮正向而言,民法或行政法允许的行为,必然不具有刑事违法性;但对于反向考察,民法或行政法禁止的行为,囿于刑法的最后手段性、刑罚的目的等原因则未必具有刑事违法性。

由此,根据“法秩序统一→整体法秩序统一→一般违法性”的逻辑进路,无论是严格的违法一元论还是缓和的违法一元论均肯定一般的违法性。但对于是否采纳“可罚的违法性”则各有立场,严格的违法一元论主张违法性判断的绝对统一,因此刑事违法性判断当然与前置法的判断相一致,进而无须强调刑法的特殊性,否定“可罚的违法性”理论;而缓和的违法一元论,无疑是既要保证遵守法秩序的统一,坚持一般违法性,又根据刑法与其他部门法之间不同,强调刑事违法性判断的特殊性,因此既区别于严格的违法一元论,又与传统的可罚的违法性理论有所区别,是刑事违法性的从属判断。而违法的多元论(相对论)则基于社会相当性、刑法谦抑主义的考

量,将可罚的违法性解决的问题消解在采实质违法性概念之中^⑧,本质是对法秩序统一的全面排斥,是刑事违法性的独立判断。

三、对整体法秩序统一的否定

法秩序的统一实质上包含两个层面的统一:立法的统一与法律适用的统一(或称法解释的统一),但是这种立法之间、法律适用之间的不一致是合理的还是矛盾的,本身就值得探讨。

(一)否定整体法秩序统一的基础

1.对整体法秩序统一前提的批判

法秩序统一的本质在于避免规范的矛盾。避免在某个法律规范中,法律要件T的法律效果是R,但在另一个法律规范中法律要件T的法律效果却是非R,或者某个法律规定,法律要件T的效果同时是R与非R。^⑨“法秩序统一原理”认为,当法律效果出现R与非R之时,就意味着法秩序出现了规范上的不统一,应当坚决排斥。但事实上,部门法之间的这种现象本身却是合理的,真正存在矛盾的在于同一法律规定中,出现的同一法律要件的后果是R与非R。

然而,由于法律评价过程的不同,不同的法律规范中并不存在两个完全相同的法律要件T。一个行为B,经过了不同的法律规范评价,分别被评价为T和T',二者可能一致,也可能不一致。一个行为(事实)只要经过的法律规范评价、纳入了价值判断的过程本身是合规范的,其结论就应当被肯定,而不能认为结论一致就绝对正确,不一致就完全错误。

对此问题的理解应为:民法上合法的行为→刑法上不一定不构成犯罪。例如一个行为B,经民法评价为合民法的T,但也成为违反刑法的T',行为B被不同法律规范评价,由于各自的评价符合各自的规范保护及法益保护,即使分别出现了R(合民法)与非R(不合刑法)的法律效果,其结论也应当被肯定,在下文的“合法”行贿案中将进行深入分析。

2.对整体法秩序统一要求的批判

整体法秩序统一要求刑法的判断要从属于民事不法、行政不法,理由是前置法的违法同刑事违法只存在量的差异,而没有本质不同。实际上,二者的违法性程度天然低于刑事违法性,基于整体法秩序统

一的从属性确立的以低违法性为标准,暗含着高违法性向低违法性让位,削足适履地实现法秩序的一致。

整体法秩序统一要求各部门法之间逻辑自洽,其目标是为了保证公民能够根据法律规范确定自己的行为,而不至于对不同法律规定的不同禁止、不同命令无所适从。但这一原理无法应用于我国立法及司法实践。恰恰是受制于法秩序统一理念的桎梏,对于部门法交叉的刑事违法性判断问题,无论是一般人还是司法裁判者都表现出无所适从。以行政犯为例,很多国家通常都通过行政法来加以确立,而在我国则由刑法作为唯一确定行政犯的立法。^⑩独特的立法体例从本质上决定了我国行政犯的判断依据是基于刑法的价值判断,而非附属刑法立法模式下的行政法立法的价值选择:

其一,行政法强调秩序的维护,而刑法强调法益的保护,二者的保护范围虽有重合,但根本功能不同,对于违法性的判断并非只是量的差异,更有质的不同。

其二,行政法以及其他前置法的立法并不会考虑到“下游法”刑法的立法及法律适用,例如我国的药品管理法、证券法与刑法的衔接问题。^⑪我国立法现状中存在的这种各部门法立法独立,与整体法秩序统一的要求并不一致,因此刑事违法性的判断欠缺从属于前置法的必要性。

其三,行政法以及其他前置法的修改处于变动之中,一味依据变动中的前置法立法进行刑事违法性判断有违反罪刑法定之嫌,违法性的判断不应“就低不就高”,高的违法性不应向低的违法性让位。

其四,即使变动中的前置法修改弥补了刑法的滞后性,而变动中的前置法立法本身也无法周全刑事违法性判断。

整体法秩序统一片面追求同位法秩序一致,既无法在理论上自洽,也无法在实践中运用。基于各个法规范的目的与法律效果各不相同,对违法性要求的程度也不一样,各部门法的违法性判断应当具有独立性。刑事违法性判断也不当然要从属于前置法,即使刑法作出了从属判断,依据的也是空白刑法

本身的立法以及刑法的法益保护原则,而并非整体法秩序统一。

(二) 应然层面:整体法秩序的不统一符合立法的价值选择

就立法层面而言,不同法域之间的违法性判断范围并不完全一致或完全重合,其根本在于各部门法的立法价值选择的不同。如上述紧急避险行为在日本民刑法律规范中的不同评价;如在我国,吸毒行为仅受行政法规制,再严重的吸毒都不会受刑法的否定评价,等等。通过梳理刑法、前置法的立法,大致可以明确部门法立法之间的关系:第一种是前置法有规定,刑法有规定,刑法同前置法的规制范围重合;第二种是前置法有规定,刑法无规定,刑法同前置法的规制范围不重合;第三种是前置法有规定,刑法的规定与之相异,刑法同前置法的规制范围不重合;第四种是前置法无规定,刑法有规定,刑法同前置法的规制范围不重合。

刑法的法律性质决定了刑法所保护的社会关系范围的广泛性,这些社会关系涉及社会生活的各个方面,也即任何社会关系的任何方面受到严重侵害,只要符合法定条件,就都受到刑法的保护。^⑨可以认为,作为事后法的刑法是其他部门法的底线,但刑法的立法价值选择与其他部门法又有根本区别。

首先需要排除的是上述第四种仅有刑事立法,而无前置法与之对应的情形。如对于故意杀人、抢劫、强奸等严重的暴力犯罪仅由刑法规制,这种情况下无须讨论刑法的从属性问题,可以首先排除该种立法之间的关系。

其次,无论刑法同前置法的规制范围是否重合,整体法秩序统一在应然层面都无法成立。在不重合的立法关系下,上述第二种前置法有规定而刑法没有规定的场合,并无讨论立法层面的整体法秩序统一的余地。对于上述第一种刑法上的义务与前置法的义务并不等同的情形,例如《中华人民共和国消防法》(以下简称《消防法》)第5条规定的“任何单位和成年人都有参加有组织的灭火工作的义务”;第44条规定的“任何人发现火灾都应当立即报警”,等等。对于非经刑法明文规定的义务,即使前置法有规定,

也无法成为刑法上的义务,违反前置法规定的义务,并不会导致相应的刑事责任。

上述第三种前置法和刑法虽然都对同一行为有所规定,但这种规定之间却存在不一致,也无法实现整体法秩序的统一。此外,刑法与前置法中的同一概念内涵也并不完全一致,如刑法上的“信用卡”通过2004年立法解释包含了借记卡在内具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部或部分功能的电子支付卡,与银行业对信用卡的认定范围有本质不同。2016年4月中国人民银行发布《中国人民银行关于信用卡业务有关事项的通知》,要求对信用卡透支利率实行上限和下限管理,显然这种“信用卡”并不包含没有透支功能的借记卡。再如刑法上的重婚罪的婚姻包含事实婚,破坏军婚罪中的婚姻还包括同居关系,其规制范围大于我国婚姻法所规定的法律婚的范围。再者,按照我国物权法的规定,占有的对象仅限于物,包括动产和不动产,而刑法中占有的对象还包括财产性利益。其他诸如《刑法》第213条规定的假冒注册商标罪,其行为方式限定为“在同一种商品上”使用与其注册商标“相同”的商标,而《中华人民共和国商标法》第57条商标侵权行为则包括“未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,容易导致混淆的”等行为……可见,即使是同一的概念,刑法与前置法立法的价值取向及内涵也会存在不一致。尤其在行政犯的认定中,在满足合乎刑法目的性和符合公民可预测性的前提下,也应当允许对刑法中的同一概念作出不同于行政法规的解释,这是由行政犯的构成特征决定的。^⑩

整体法秩序统一的基础是立法的统一,以上法秩序的不一致根源在于立法层面的不一致,似乎一旦立法修改就能够补足“短板”,但各部门法的立法价值追求并不相同,是否有修改立法的必要无法得出肯定性的结论。刑法的理念和民法从来都不一致,刑法是善良人的大宪章,更是“犯罪人的大宪章”,而民法则立足于定分止争、对受害人利益的维护。民法是形式思维,强调法律关系,但刑法与之不

同,具有实质判断的性质。^②在法的各个领域中,均具有其他领域所不具备的独到之处,各个法领域即便是在对同一对象进行整合的场合,也具有独自的作用,需要相对地、多元地进行把握。^③部门法之间的法益保护差异应当被肯定,立法层面的整体法秩序的不一致本身也应当被肯定。

对于第一种刑法同前置法均有规定的场合,是基于重合立法关系的刑事违法性的判断,包含两种重合的形态:其一,只有量的不同,没有质的差异。例如聚众淫乱的行为,情节严重的,以《刑法》第301条第1款聚众淫乱罪定罪,未达到情节严重仅行政违法的,以《中华人民共和国治安管理处罚法》第69条处以行政处罚,而民法对该行为则并不调整。^④再如,《消防法》第68条规定,人员密集场所发生火灾,该场所的现场工作人员不履行组织、引导在场人员疏散的义务,情节严重,尚不构成犯罪的,处5日以上10日以下拘留。反之,情节严重的可能构成刑事犯罪。其二,有质的差异。在第二种形态的重合立法关系下,并非一律得出刑法同前置法一致的结论,刑事违法性的判断必须要考虑自身的保护法益,只有严重的侵害法益的行为才会受到刑法的否定性评价,这一点需要在法律适用的角度具体说明。

(三)实然层面:法律适用的不一致符合法益保护原则

在法律适用层面,整体法秩序也存在不一致,尤其是犯罪新样态下的司法实践证明,法秩序无法在同位法、同一效力位阶的部门法之间形成统一。即使对于同一行为,基于法益保护的不同,在不同法之间的法律要件评价也会有所区别,上述第一种两法重合的关系,大致包含以下三种情况:

首先,前置法合法的行为,刑法也可能评价为犯罪。案例一,“合法”行贿案。某房地产商金某为向主管副市长王某行贿,安排女下属张某担任高薪工作并安排其与王副市长儿子小王“假结婚”,二人闪婚闪离,经协议离婚,小王分得3套房产。^⑤该案中的“假结婚”在婚姻法中是合法有效的婚姻关系,双方对婚内财产的自愿分配是符合前置法的合法行为。

德、日通说及我国绝大多数学者的观点都一致

认为,被前置法评价为合法的行为,一定不具有刑事违法性,这一观点的证成有多种方式,例如法秩序统一要求的一般违法性判断的必要性,举轻以明重,连轻法都认为是合法,重法当然不可能认定为是犯罪行为;再如法秩序统一强调的规范之间的一致,要符合行为人预测可能性,等等。但这种处理结论会导致实质造成刑法法益侵害的行为被放纵,而如果坚持刑事违法性的独立判断的立场,因国家公职行为的廉洁性和不可收买性被侵犯,上述行为就会被评价为行贿、受贿,具有刑事违法性。由此回应上述第三种关系中前置法上合法的行为并非一定排除刑事违法性。与我国国内学者多数认同的肯定一般违法性,再判断刑事违法性的观点相区别,本文主张基于刑法的保护法益进行刑事违法性的实质判断。

其次,前置法约束不明的行为,也不影响刑法评价为犯罪。案例二,非法集资合同效力认定问题。大致以2011年为时间节点,在此之前司法实践主张非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪一旦成立,借款合同一律无效,依据的是《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第52条第3项“以合法形式掩盖非法目的”或该条第5项“违反法律、行政法规的强制性规定”,当然这也与彼时刑事诉讼强调先刑后民的处理方式有直接关系。最高人民法院在“吴国军诉陈晓富、王克祥及德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷案”^⑥中指出“民间借贷构成非法吸收公众存款罪并不当然影响民间借贷合同效力”,裁判理由认为“非法吸收公众存款的犯罪行为与单个民间借贷行为并不等价,民间借贷合同并不必然损害国家利益和社会公共利益……借贷涉嫌或构成非法吸收公众存款罪,合同一方当事人可能被追究刑事责任的,并不当然影响民间借贷合同以及相对应的担保合同的效力”。此后,2015年最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第13条强调:“借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪,或者已经生效的判决认定构成犯罪,当事人提起民事诉讼的,民间借贷合同并不当然无效。”

与之相对,可以看出前置法作出合同效力无效或有效的结论,并不影响非法集资犯罪的认定。也

可以据此认为刑法上成立犯罪并不意味着一定同时违反了前置法,涉经济犯罪的民事合同效力的判断要基于合同法的相关规定进行判断,各部门法应当各司其职。

再次,即使刑事违法性的判断必须要从属于前置法,也可能得出与前置法不一致的结论。案例三,妨害传染病防治案。2020年2月19日,最高人民检察院发布《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第二批)》,在“湖北省嘉鱼县尹某某妨害传染病防治案”中,行为人尹某某在1月23日武汉市当天10时关闭离汉通道后,在无运营许可证的情况下,先后两次驾驶其东风牌九座小型客车接送乘客往返于武汉、嘉鱼两地至当晚20时。2月4日尹某某被诊断出新冠肺炎,2月7日经调查核实与其有密切接触的20人被集中隔离,尹某某的行为涉嫌构成妨害传染病防治罪。根据《刑法》第330条规定,本罪是违反传染病防治法规定,引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的行为。本罪是过失犯,尹某某造成了20多人被隔离,主观方面排斥、否定传染的结果发生,其行为是过失行为,客观上也造成了危害结果。但本罪的认定需要以新冠肺炎是刑法中的甲类传染病为大前提,刑法中的甲类传染病的认定需要结合前置法来具体判断,这是空白刑法刑事违法性判断的基本要求。

2020年1月20日,国家卫生健康委员会经国务院批准发布2020年第1号公告,将新冠肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施。如果完全依照刑事违法性从属性的判断,甲类传染病、乙类传染病是不同等级的病症,将新冠肺炎认定为甲类传染病就违反了前置法的规定,进而无法成立刑法上的甲类传染病,否则将有违反罪刑法定原则之嫌。但是,基于对公共安全、人民生命健康权、社会管理秩序等法益的保护,刑事违法性的判断并不是机械的、僵化的、必须与前置法完全一致的。其一,前置法大致划定了甲类传染病的范围是刑法需要去寻求的适用依据,但刑事违法性的判断必须结合自身的保护法益,结合当前该疫情传播渠道广、传播迅速、传播危害后

果严重的特点,将新冠肺炎拟制为刑法上的甲类传染病符合刑法的法益保护。其二,新冠肺炎目前在实践中被以甲类传染病等级进行预防、控制,进一步说明疫情本身的严重性以及控制疫情的严峻性,刑事违法性以此为依据划定新冠肺炎属于刑法上拟制的甲类传染病,符合行为人的预测可能性,符合刑法的规范保护目的。司法实践无法依赖滞后的前置法立法去及时应对突发传染病防治,而刑事违法性的判断同样如此,需要结合自身的保护法益进行独立的、具体的判断。值得肯定的是,日前公布的《中华人民共和国刑法修正案(十一)(草案)》对该条作出了具体修改,增加了“依法确定采取甲类传染病预防、防控措施的传染病”,新冠肺炎当然被包含在内,对于相关不法行为的规制不再需要刑法解释而师出有名。

四、刑事违法性独立判断的路径

(一)强调部门法内部秩序的统一

囿于各部门法的立法和法律适用存在的的不同,以及固守整体法秩序统一造成的刑法保护法益稀薄,应着力于部门法自身内部的矛盾的排除,以避免规范的矛盾,而不是执着在部门法之间的“矛盾”。部门法内部秩序的统一才是应当被强调的、应然和实然层面的统一。

各个法规范的目的与法律效果不同,对违法性要求的程度也不一样,违法性判断应具有独立性。以刑法为视角,刑法与前置法在功能及规制视角上具有不同本质,即使在法益相同的场合,对行为的规制是动用刑法还是其他法律手段,依然取决于行为本身的违法性程度。

虽然刑法无须将违反民法的行为作为该当刑法构成要件的基础,也无须对行政法上圈定的概念范围唯命是从,但必须强调的是部门法内部秩序的统一,要求刑法的适用在一法范围内,必须保证概念的一致性以及体系解释的完整性。如“非法占有的目的”“贩卖”“携带”“多次”“入户”“持有”“枪支”“毒品”等刑法分则条文规定用语的内涵必须一致。必须保证部门法内体系解释的一致性,体系解释的存在就是为了使得刑法条文中的模糊含义得到比较妥

善的解释,使得刑法条文之间不存在相互矛盾。

至于是否要考虑到与其他法律之间的协调一致,德国学者布伦斯认为,原则上,刑法中的概念天然就是自立性的,因此作刑法解释时唯一应当依照刑法担负的是保护功能,而不是寻求相关的构成要件特征在刑法之外有何意义。^④对刑法进行体系解释时,根据刑法违法判断的独立性,只需在刑法内部进行,而无须顾忌是否会出现对同一行为进行不同的法律规制,因为不同法律规范调整之后的不同结论本身就是合理的。

此外,体系解释也应用于私法。合同法解释的三原则包括客观主义、主观主义、体系解释,体系解释把全部合同条款和构成部分看成统一整体,综合各个合同条款及构成部分的关联性阐明当事人争议的合同用语。^⑤私法的体系解释着眼于部门法的内部法律关系的一致。萨维尼认为体系是“法律内在一致性的前提”,但它并不总是一个类似单纯的原因和结果之间关系的纯粹逻辑上的一致,而是源于法律关系及其雏形内在本质的整体观念的有机统一。^⑥各部门法均有其所要维持的内部法秩序,不应强加刑事违法性判断从属于其他部门法的要求。

(二)以不突破上位法的宪法为限

现行宪法以法律形式明确了宪法的根本法性质和优位地位,其效力比其他法律都优越。^⑦宪法是法律的法律,刑法的位阶在宪法之下,而在行政法、民法等其他法律之下。其他部门法同样要合宪规范及宪法理念,民法生活应当体现宪法精神,包括民法在内的其他法律不得与宪法相抵触。^⑧而其他部门法,也几乎没有探讨过与刑法立法及法律适用是否一致的问题。

刑法有区别于其他部门法的特质,即掌握最严厉的法律制裁手段——刑罚,刑罚权的根据来源于宪法。刑罚权源于宪法,一切国家权力的存在根据、作用范围,都源自宪法的规定。刑罚权的动用,刑法的规制不能与上位法相冲突,刑事违法性的判断也是如此。刑罚权的发动及行使必须以个人法益遭受侵害,且以符合必要及最小限度为原则,刑事违法性判断不能超出上位法宪法的规制范围。建立在宪法

基础上的刑法必然要以保护个人自由权利为其目的,对刑事违法性的判断必须从行为人的行为是危害法律对于个人自由权利的保障出发,以此作为违法性具备与否的价值判断,而决定国家刑罚权的发动及行使,才能达到保障个人自由权利的基本目的。对于刑法规定而言,刑法不处罚非出于故意或过失的行为;其次,刑罚的动用要有必要性,刑罚权的动用范围一般小于前置法的规制范围,但并非完全同前置法的规制范围一致。

宪法学为部门法学的研究奠定基本概念,如人格尊严、住宅安宁、言论自由等,对于重大且基础的概念,刑法学研究应回归宪法的理论资源和研究传统。对刑法从属性问题的探讨,答案应当是唯一的,即刑法只从属于上位法宪法,而对于出现规范与规范之间的冲突,应通过上位法优于下位法的原则加以解决;对于部门法秩序内部存在的规范冲突,通过特殊法优于一般法以及新法优于旧法的原则加以解决,而对于其他规范冲突可以通过刑法解释予以排除。

(三)以刑法的保护法益为判断标准

在否定整体法秩序统一,强调各部门法内部秩序统一的前提下,各部门法应当各司其职,避免其内部秩序及法律解释同上位法宪法冲突,刑法尤其是。据此,如何具体进行刑事违法性判断,需要以刑法的保护法益为根本。

1. 法益判断标准的必要性

犯罪的本质是侵犯了法益,刑法的目的是保护法益。^⑨法益概念的演化大体经历了权利、个人法益、个人法益与集体法益并重的发展轨迹。^⑩如今,刑法的本质是法益保护已成为当下我国刑法教义学研究的共识,是刑法教义学的基础和关键。透过法益这一概念能清楚解释犯罪构成要件的实质内容,通过对个别犯罪构成要件的保护法益内容的判断,能够明确刑法的保护方向。

在犯罪的认定中,构成要件阶层要求结果要素法益的实害或者法益危险,要求行为要素制造法所不容许的法益风险;在违法阶层判断有无违法性阻却事由;只有在第三阶层,有责性评价的是行为本

身,不涉及法益的判断。

法益的主要机能是解释与限缩,其优点在于提供了解释与限缩可罚性的双重标准,缺陷则在于法益概念本身模糊,但同时也并无其他合适的替代概念。法益分为个人法益、社会法益、国家法益,后者又被称为超个人法益,最早可以在费尔巴哈的法益理论中找到雏形。个人法益是刑法的“发现”,而超个人法益是刑法的“发明”。超个人法益概念的出现,使得刑法规制的范围逾越了古典的规制界限,当社会成员对于可能影响不特定多数人利益的偏差行为产生恐慌时,该行为就成了值得刑法规制的对象,其正当性理由在于以影响不特定多数人之名在法益保护之内进行规制。通为法益,还应肯定其共通之处,“益”是指人的利益,由法律所承认和保护的人的利益,在人的利益上,个人法益与超个人法益得到统一,也就决定了超个人法益的创设必须以人的利益为基础和目标,其创设本身不是目的而是保护个人法益的一种手段。^④超个人法益应当依据一定的原则来设立及适用,必须以能够还原为个人法益为限。而处罚侵害国家法益之罪的根据则在于行为人危害保障个人享受更安全舒适生活的国家制度,社会法益与国家法益都应依据个人法益来加以说明。^⑤

法益理论创造了新的损害主体——法益持有者,但却未清楚界定法益持有者的范围,表面上符合限缩刑法的目的,只有损及法益持有者才能入罪,但实际上因为法益持有者可以是不特定多数人,任何足以干扰多数人生活效益的行为,都有可能被当作法益受到保护。能够作为被害人的法益持有者,除了具体的个人以外,还包括国家或社会整体。需要注意的是,在当前新冠肺炎疫情防控攻坚阶段,进一步理顺刑法所保护的超个人法益的范围,以个人法益为根本认定值得刑法所保护的超个人法益尤为重要。对于侵犯超个人法益的行为,其侵害的对象不是个人或可以具体指涉的国家,而是一个多数个人连带集结的共同关系,当行为人干扰了共同关系的顺畅机能时,刑法可以正当介入。

2. 法益判断的具体实现

以危险方法危害公共安全罪认定为例,目前,面

对违反疫情防控的社会乱象,刑法如何把握“公共安全”的范围,进行公共空间的解读,如何判断行为危害公共安全的“具体危险”,需要以刑法所保护的超个人法益为根本。以抗击疫情期间出现的患者或疑似患者的随意吐口水行为分析为例,需要具体判断其行为是否可能影响社会成员的恐慌:对于有针对性地故意使特定人感染的吐口水行为,不足以造成社会成员恐慌,而涉及对特定人生命健康权的侵犯,涉嫌成立侵犯个人法益的故意伤害罪;无明显针对性,在公共场所随意吐痰的行为,足以引起社会成员的恐慌,造成对不特定人生命健康的侵害,涉嫌以危险方法危害公共安全罪;对将口水涂抹在公共电梯上等行为,还需要刑法结合前置法来具体判断“传染病病原体”的范围,行为人则可能涉嫌构成投放传染病病原体的投放危险物质罪,等等。

案例四,假药案。近年来,“陆勇案”(2014年检方以销售假药罪提起公诉,后通过认定陆勇的代购行为不是“销售”而否定陆勇行为的不法,撤回起诉)^⑥、“长生物疫苗案”(2018年以生产、销售劣药罪批捕)^⑦,完全依据前置法,得出了“有疗效而无批号”的药是刑法上的假药,“有批号而无疗效”的药不是刑法上的假药,而仅是劣药的结论,并不符合公民预测可能性以及刑法的法益保护。

依据《刑法》第141条空白刑法的规定,生产、销售假药罪的认定必须以前置法规定的假药范围为依据,依据《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)进行刑事违法性的判断,刑法适用不应得出与前置法不一致的结论。根据原《药品管理法》第48条规定,假药分为两类:一、实质的假药;二、按假药处理的药。对于第一类假药,刑法上的处理几乎不存在争议,争议在于第二类,尤其是第五项规定的拟制的假药是否一律成立刑法上的假药,陆勇代购的印度抗癌药就属于此类。囿于该案的重大社会影响,以及该案引发的刑法上假药的认定同前置法衔接问题的激烈争论,前置法立法修改对此作出了回应。

2019年8月26日修订的《药品管理法》第48条、49条重新定义了假劣药,对进口国内未批的境外合

法新药不再按假药论处。前置法立法的修改,似乎解决了刑法对于生产销售假药罪的“拟制假药”认定难题。从法秩序统一的立法层面要求来讲,修改前置法无疑是最合程序、合法理的解决法律交叉适用问题的方式。但以此为例,根据新修立法仅解决了“陆勇案”暴露的问题,而对于“有批号而无疗效的‘假药’”(“长生生物疫苗案”)仍然只能认定为“劣药”,在刑法的适用上依然会存在罪责刑不相适应的问题。

刑法的保护法益确系与其他部门法有本质区别,刑法保护一切值得刑法保护的社会关系免受侵害,而其他部门法则在各自的领域维持着法秩序的稳定。立法总是滞后的,从属于滞后的前置法立法去进行刑事违法性的判断,会造成个案结论有违正义,更不利于刑法顺应时代发展进行法益保护。值得肯定的是,《中华人民共和国刑法修正案(十一)(草案)》第141条、142条删除了绝对从属于前置法的立法规定,使得刑事违法判断的独立性不再存在立法障碍。

在认定生产、销售假药罪时,应当以所保护的法益为根本进行具体判断。生产、销售假药罪保护双重法益,包括人民的生命、健康法益,以及国家对药品生产质量的监督和管理经济秩序。对于拟制的假药,当其不存在侵犯个人生命、健康法益的可能性,未能满足双重法益的侵犯时,不应被评价为刑法上的假药。对于情节严重的生产、销售有疗效的拟制假药行为,应考察是否成立单纯侵犯经济秩序法益的犯罪,如非法经营罪。同样,对于有批号而无疗效的药应当被认定为刑法上的假药,其既侵犯了经济刑法所要保护的经济秩序,更侵犯了人民的生命、健康法益。

五、结论

传统的“法秩序统一原理”强调的是整体法秩序的统一,然而该种统一应当是立法者的追求,而非司法者的义务。就立法导致的整体法适用的不一致,如果立法本身是合法的,法律适用本身是合实体、程序的,则不能据以结论的不同,来否定立法及法律适用。

刑法和刑法理论是时代的产物,刑法应正视新时代给传统刑法法益保护的内涵和外延带来的变化。^③在犯罪类型多样化的今天,暂且搁置对法秩序统一的固守,否定以一般违法性为前提进行刑事违法性判断,从刑法之本出发,从我国既定性又定量的刑法立法及司法实际出发,刑事违法性的独立判断能够有效地解决部门法之间法律适用的“冲突”。就空白刑法的场合,刑法天然地需要以前置法为依据进行刑事违法性判断,也并不违反刑事违法性判断的独立性,因为这种适用恰是刑法的要求。

此外,部门法适用的交叉问题并非刑法学研究的专利,受制于传统法秩序统一的桎梏,经济法与行政法的关系、经济法与民商法的关系,是从属还是独立同样存在界限模糊的问题。对于法秩序统一这一未曾受过质疑的理论应重新审视,在部门法自身内部还存在规范矛盾的现实下,一味追求整体法秩序统一是不切实际的,而应根植于我国的立法及司法现状,展开法解释学的研究。

注释:

①参见张绍谦:《试论行政犯中行政法规与刑事法规的关系——从著作权犯罪的“复制发行”说起》,《政治与法律》2011年第8期;王骏:《违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角》,《法学家》2013年第5期。

②参见刘艳红:《论法定犯的不成文构成要件要素》,《中外法学》2019年第5期。

③参见Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg: Universitätsverlag Carl Winter, 1935, S.26.

④参见井田良:《刑法総論の理論構造》,东京:成文堂,2005年,第141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。

⑤参见陈少青:《法秩序的统一性与违法判断的相对性》,《法学家》2016年第3期。需要说明的是,日本民法对紧急避险的规定与我国不同,紧急避险的行为在我国民法上至多负担补充责任而非赔偿责任。

⑥参见Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in Jurisprudenz: Entwickelt am Beispiel des Deutschen Privatrechts*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1983, S.122.

⑦参见 Karl Engisch, Einführung in das Juristische Denken, Stuttgart: Kohlhammer, 2005, S.162.

⑧参见松宫孝明:《刑法総論講義》,东京:成文堂,2018年,第109页。

⑨参见 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München: C. H. Beck, 2006, §14, S.614.

⑩参见木村龟二:《可罰の違法性論と判例》,法学セミナー,第147号,东京:日本评论社,1968年,第70页。

⑪尽管德国主流观点倾向于严格的违法一元论,但罗克辛教授也强调应对其适度缓和,提出“简单地否定一种不同的违法性是不正确的”,参见克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,北京:法律出版社,2005年,第397-398页。

⑫参见半田祐司:《違法の統一性論と違法多元論について》,《三原意三先生古稀祝賀論文集》,东京:成文堂,2002年,第278页。日本采多元论的代表性学者如前田雅英。

⑬烟草一厘事件,也被称为“一厘事件”或“一厘烟草事件”,指受政府(专卖局)委托栽培烟草的被告人负有将生产的烟叶全部交给政府的义务,但他却随意吸食了其中一叶——按当时的价格价值一厘钱,该事件被以违反烟草专卖法而起诉,但日本大审院否定了犯罪的成立。

⑭参见前田雅英:《可罰の違法性論の研究》,东京:东京大学出版会,1982年,第15-70页。

⑮参见王容溥:《法秩序一致性与可罰的违法性》,《东吴法律学报》2008年第20卷第2期;王骏:《违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角》,《法学家》2013年第5期。

⑯参见前田雅英:《可罰の違法性論の研究》,第520页。

⑰参见 Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in Jurisprudenz: Entwickelt am Beispiel des Deutschen Privatrechts, S. 122.

⑱参见孙国祥:《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》,《法学家》2017年第1期。

⑲参见郭研:《操纵证券市场罪的立法检视及司法适用》,《人民检察》2019年第13期。

⑳参见贾宇主编:《刑法学(上册·总论)》,北京:高等教育出版社,2019年,第37页。

㉑参见张绍谦:《试论行政犯中行政法规与刑事法规的关系——从著作权犯罪的“复制发行”说起》,《政治与法律》2011年第8期。

㉒参见陈兴良:《刑民交叉案件的刑法适用》,《法律科学》

2019年第2期。

㉓参见曾根威彦:《刑法学基础》,北京:法律出版社,2005年,第212页。

㉔参见时延安:《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。

㉕法律上不存在真假结婚的实质区分,并不认可“假结婚”的概念。根据《中华人民共和国婚姻法》第5条的规定,结婚自愿。根据我国2021年即将生效的《中华人民共和国民法典》第1041条,实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。二人无论出于什么目的,只要是自愿结婚并办理了婚姻登记手续,并且无婚姻无效、婚姻可撤销之情形,婚姻关系即有效。本案中小王、张某是合法的夫妻关系。

㉖参见“吴国军诉陈晓富、王克祥及德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2011年第11期。

㉗参见约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,北京:法律出版社,2008年,第26页。

㉘参见崔建远:《合同解释的三原则》,《国家检察官学院学报》2019年第3期。

㉙参见维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,北京:法律出版社,2013年,第346页。

㉚参见郑贤君:《作为根本法的宪法:何谓根本》,《中国法学》2007年第4期。

㉛参见韩大元:《宪法与民法关系在中国的演变》,《清华法学》2016年第6期。

㉜参见张明楷:《法益初论》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第345页。

㉝参见孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期。

㉞参见孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期。

㉟参见前田雅英:《刑法の基礎總論》,东京:有斐阁,1993年版,第11页。

㊱参见《湖南省沅江市人民检察院不起诉决定书(沅检公刑不诉[2015]1号)》。

㊲参见徐天:《疫苗事件过去许多天,但这些疑团你需要了解》,《中国新闻周刊》2018年总第863期。

㊳参见孙国祥:《新时代刑法发展的基本立场》,《法学家》2019年第6期。