

【刑法总论】

# 法域协调视角下规范保护目的理论之重构

于改之

【作者简介】于改之,华东政法大学刑事法学院教授。

【原文出处】摘自《中国法学》(京),2021.2.207~227

## 一、问题的提出

我国法治建设事业已经迈入后立法时代。但是,不同法域之间如何协调也还存在一些问题,例如,刑法上成立犯罪是否影响民事行为的效力;民法确立的权利归属、民事违法或行政违法的认定是否影响犯罪的认定等。对于上述问题的解决,主要有两种理论路径:一种是从违法论的角度加以解决,另一种是从法律效果论的角度加以解决。上述两种解决路径在解决刑法与民法、行政法规范关系的判断标准上,有不少方案落脚到“规范保护目的”这一概念之上。传统上多将该概念的适用局限于对过失犯进行归责、对个罪的构成要件进行解释,理论上存在的疑问是,规范保护目的的概念本身能否作为协调法域关系的标准?如果可以,究竟应当如何协调?

## 二、虚像与实像:规范保护目的之意蕴

在当前的刑法学研究中,规范保护目的至少指向三个内容迥异的场域:(1)过失犯归责原理说;(2)构成要件的适用范围说;(3)法益等同说。

### (一)虚像:规范保护目的理论的认识误区

将规范保护目的作为过失犯的归责原理,有以偏概全之嫌。第一,规范保护目的是立法者对利益或不利益进行分配的基准或者评价立场。第二,承载规范保护目的之“规范”并不局限于注意

义务规范。第三,规范保护目的的适用场域也不应局限于民事或刑事归责问题。

将规范保护目的作为犯罪构成要件的解释原理,人为地削减了该理论的功能。第一,排除该理论在故意犯领域的适用,不符合实定刑法的规定。第二,肇端于解决结果归责问题的规范保护目的理论,本身即被适用于刑法、民法、行政法等不同法域。第三,规范保护目的理论可以超越部门法的界限,作为解释各部门法律以及协调法域关系的理论模型。

不少学者将法益等同于刑法的规范保护目的。但是,法益是规范保护目的的对象,而非规范保护目的本身。第一,“刑法的目的是保护法益”侧重阐释的是刑法作为一个独立法律部门的任务和功能,并非具体刑法规范的保护目的就是法益。第二,规范保护目的理论和法益保护理论,分属于评价构造中的评价基准和评价对象。第三,法益侵害说是因果主义思考方式的体现,作为目的论思考的规范保护目的理论,更关注法益损害后果是否在法规范所欲防止或者禁止的范围内。

总之,过失犯归责原理说、构成要件的适用范围说以及法益等同说,是承载多重功能的规范保护目的理论在构成要件层面的不同语言表达。在功能论的意义上,规范保护目的理论实际上属于

一种对法律进行妥当解释的方法论。

## (二) 实像:规范保护目的理论的真义

所谓规范保护目的,是指立法者制定法规范时所欲实现的目的,是立法者协调不同利益冲突而形成的价值判断或评价立场。“规范”系指法规范,“目的”系指法的目的,包括法整体的目的、部门法的目的、法制度的目的以及法条文的目的。规范保护目的与法益、法秩序目的、规范维持说中的“规范维持”均非同义。

第一,规范保护目的与法秩序目的不同。一方面,两者的性质或功能不同。另一方面,规范保护目的与法秩序目的也对应不同的对象和学术研究领域。第二,规范保护目的也不同于规范维持说中的“规范维持”。(1)规范保护目的中的“规范”与规范维持说中“规范”的内涵不同。(2)规范保护目的与规范维持说中的目的载体、性质也不同。(3)如果将法规范理解为法益保护规范,法益侵害说混淆刑法目的和规范保护目的的缺陷,同样适用于这种最新立场。

规范保护目的具有层级性特征,并进而具有抽象性与具体性、主观性与客观性的不同面向。第一,层级性。刑法的规范保护目的也可以区分为刑法的整体目的、刑法制度的目的以及刑法具体法条的目的。第二,抽象性与具体性。如果从规范保护目的的具体内容的角度看,规范保护目的之间则存在抽象性和具体性的关系。第三,主观性与客观性。立法是立法者的意思行为,规范保护目的具有主观性的一面。由于法律一经制定即与立法者分离而成为一种客观存在,法规范的目的也体现出一定的客观性。

## 三、解构与建构:规范保护目的之确定

虽然规范保护目的可以超越单一法律部门而作为解释法律与协调法域关系的理论工具,但是,还必须解决以下具有密切关联的问题:在复数的规范保护目的中,哪些规范保护目的需要被考虑?

### (一) 解构:规范保护目的确定的前提

法秩序的矛盾意味着不同规范保护目的之间的不协调,因此,如将规范保护目的作为协调法域关系的理论工具,必须先确定规范保护目的的类型、规范保护目的的基本方法、规范保护目的之间的优先关系。

### (二) 建构:规范保护目的确定规则

确定规范保护目的的法律论证也应当遵循一些基本的论证规则。

1. 具体规范保护目的优先于抽象规范保护目的。具体规范保护目的应当优先于抽象规范保护目的只是一般性规则,特殊情形下有其例外:(1)具体规范保护目的不清楚的事例。在低位阶的具体规范保护目的不清时,可以从有利于实现高位阶的更为抽象的一般目的的方向来确定低位阶的具体规范保护目的的内容。(2)具体规范保护目的之间存在冲突的事例。对此,须借助于宪法上相关的抽象规范保护目的予以澄清。(3)主观或客观的具体规范保护目的不再具有适用可行性的事例。

2. 主观目的论解释优先于客观目的论解释。例外事例主要包括以下情形:(1)立法者制定了体现新的价值诉求的法律或者法律规范,继续维持既有规范的规范保护目的会导致法秩序的冲突,或者下位法规范的规范保护目的抵触了上位法规范的规范保护目的,为了维持法秩序的统一性,需要赋予既有的法规范以新的规范保护目的。(2)基于目的手段关系协调考虑,在立法者所拟规定的利益状态发生变化,继续维持既有规范保护目的将导致违背比例原则的诉求,此时,可以考虑对某一法规范赋予新的规范目的。

3. 赋予法规范以新的规范目的、抽象目的,必须重视体系的关联性,避免体系冲突。在判断赋予法规范以新的目的或者抽象目的是否导致体系冲突时,应着重从以下几个方面进行:第一,避免

直接将法外目的等同于法内目的。第二,赋予法规范以新的规范目的,必须获得法秩序的体系支持。第三,体系冲突不限于同一法域内,也存在于不同法域之间。

#### 四、原则与例外:以法域关系的协调为中心

##### (一)处理原则

在整体法秩序中,作为手段的刑法具有从属性。具体到法域关系的协调,在刑法与民法、行政法的规范保护目的整体一致、对法律主体的保护与惩戒方向相同的场合,原则上刑法从属于民法、行政法。判断具有同等效力位阶的不同法域之具体规范的保护目的整体是否一致、对法律主体的保护或惩戒方向是否相同,就成为判断刑法是否应当采取从属性立场的重要标准。

第一,虽然具体法规范的保护目的不完全相同,但如果两者共同的上位法规范保护目的一致,且具体法规范的保护目的均是实现上位法规范保护目的的妥当方式,则具体法规范保护目的整体上一致。第二,虽然具体法规范的保护目的不完全相同,但两者共同的上位法规范的保护目的一致,如果只有其中之一为实现上位法规范目的的妥当方式,而另一个非妥当方式,则具体法规范保护目的不一致。第三,若具体法规范保护目的不完全相同,且两者并无共同的上位法规范目的的,则应区别而论:(1)若具体法规范的保护目的各自对应的上位法规范保护目的明显对立,则属于具体法规范保护目的冲突。(2)若各自对应的上位法规范保护目的不存在对立,而具体法规范的保护目的又属中立的,则具体法规范保护目的整体一致。

##### (二)例外情形

1.虽然具体法规范的保护目的整体一致,但对法律主体的惩戒或保护方向相反,不利于实现

共同的上位法规范目的的场合,排除刑法从属性的适用。关于民法上表见代理的刑法效果,就是刑法从属性例外的一个适例。表见代理制度本身是为了保护被害人的利益而不是为了维护加害人的利益。如果直接基于外观责任原理主张受骗的被害人不存在相应的财产损失,实际上是作了有利于加害人的评价。肯定被害人存在财产损失,进而肯定加害人的行为构成合同诈骗罪的刑法独立性的立场,更契合权利外观原理保护受害人利益的立场。

2.在民法、行政法等前置法规范本身存在漏洞,不利于实现共同的上位法规范目的的场合,排除刑法从属性原则的适用。对利害关系人恶意宣告配偶死亡并借此再婚的情形,就涉及该问题。宣告死亡制度的规范保护目的是使长期不确定的法律关系得以确定。夫妻一方通过恶意宣告配偶死亡而再婚的,实质上就违反了《婚姻法》确立的一夫一妻制度。而由于《刑法》第258条规定的重婚罪的规范保护目的同样也是一夫一妻制度。对利害关系人恶意宣告配偶死亡并借此再婚的情形,否定刑法从属于民法的做法,对于该规范保护目的的实现而言,实质上更为妥当。

3.民法、行政法等前置法存在的客观社会基础发生变化,不利于实现共同的上位法规范保护目的的场合,排除刑法从属性原则的适用。以“王力军收购玉米案”为例,如果严格按照刑法相对从属性的立场,王力军的行为应当构成非法经营罪。王力军的行为不构成犯罪并不是因为其没有侵害粮食专营的市场准入制度,而是限制市场主体进入粮食收购的社会基础业已不存在,从而使市场准入制度不宜再被评价为刑法上应予保护的法益。