

犯罪认定中的法秩序统一性原理： 内涵澄清与规则构建

陈文涛

【摘要】以法学的科学性追求、法秩序的层级构造理论、法的安定性作为支撑的法秩序统一性原理的基本内涵是,在保证行为指引统一的前提下,允许不同法域根据自身目的进行相对判断。在现有理论中,法秩序统一性原理在违法一元论的框架下可以实现,但应当将违法一元论理解为合法的统一,将合法的统一界定为行为指引的统一,并对构成要件进行实质解释。在犯罪认定中,法秩序统一性原理可以通过以下一般规则实现:其他法域存在允许性规定的场合,刑法绝对地从属于其他法域;其他法域存在禁止性规定的场合,刑法相对地从属于其他法域;而在其他法域不存在行为指引的场合,刑法可以根据自身目的展开独立判断。

【关键词】法秩序统一性原理;法的安定性;违法一元论;行为指引;实质解释

【作者简介】陈文涛,中国民航大学法学院讲师,法学博士。

【基金项目】本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“犯罪认定中的法秩序统一性原理研究”(项目编号21YJC820006)的阶段性研究成果。

【原文出处】《华东政法大学学报》(沪),2022.2.46~58

近年来,发轫于应对实务中“刑民交叉案件”“刑行交叉案件”^①的法域关系处理理论,得到了刑法学者的重视。就现有理论而言,尽管存在巨大分歧,但基本都赞同“法秩序统一性原理是处理不同部门法之间的矛盾时应遵守的基本规则,具有不可动摇的性质”,^②“法秩序统一性是刑法解释的当然前提”。^③而且,“由于学界对法秩序统一性原则的广泛认同,当今的学者们甚至都已经很少再追问法秩序统一性的实质依据与目的诉求,而是往往径直将该原则接受为无需进一步证明的基本命题”。^④

但是,不去追问背后的实质根据,会导致法秩序统一性原理成为流沙般的概念,无法明确其内涵。理论呈现也是如此,关于不同法域中违法性概念的关系,存在违法一元论与违法相对论的基本对立,但即便是强调刑法独立性的违法相对论,也有论者认为其顺应了不同法域间违法性目的——内容的差异,与法秩序统一性契合;^⑤或认为从目的论视角思考法秩序的统一,承认违法判断的相对性更为适

当。^⑥在行政犯的认定中,就行政不法与刑事不法的区分存在质的区分说、量的区分说、质量区分说的对立,但与前述违法性概念一样,也有观点认为,旨在维护刑法的纯洁性、独立性的质的区别说并不违反法秩序统一。^⑦可见,不去追问其实质根据,就难以明确法秩序统一性原理的内涵,从而导致其在具体贯彻中产生分歧。因此,检讨法秩序统一性原理背后的支撑理论,澄清该原理的基本内涵,并在此基础上构建犯罪认定中的法域关系处理的一般规则十分必要。

一、法秩序统一性原理的支撑理论与基本内涵

(一)法秩序统一性原理的支撑理论

由于现实中并不存在由一个全能视角的抽象立法者来通盘考虑所有法律规范的协调性,不同法域的规范极有可能产生冲突。法秩序统一性原理就是在上述背景下被提出的,认为法秩序必须被思考成一个整体、一个价值判断尽可能一致的体系和“意义构造”。^⑧该原理有以下三个支撑理论。

1. 法学的科学性追求

法学要具有科学性,体系性的思考就不可或缺。正如费尔巴哈所言,“当一个内在相互关联的现有知识整体具有外部的或体系性的关联时,那么,该知识整体便具备了科学的完备形态。任何混乱及不协调都是对理性的侮辱,理性的最高使命是协调与统一”。^⑨由此,法学必须系统性地描述法律,“将法律呈现为一种内部融贯的概念、规则和原则的集合”。^⑩处理诸法律渊源之间可能的抵牾,就成为法学的任务之一。所以,将所有法律规范视为一个“体系”,其实是一种学术追求的产物,而非对立法现状的描述,认为整体法秩序统一的基础是立法的统一,进而以立法的不统一来否定法秩序统一性原理的观点^⑪是错误的。不过,对于法学的体系性思考应如何展开,法学的科学性追求本身并不提供指示,而是要依赖于学者基于自身立场的构建,“目标是有的,但没有路”。

2. 法秩序的层级构造理论

法秩序的层级构造理论认为,法律秩序是一个规范体系,单个规范的效力来源于一个更高的规范,以此可以不断地向前推进至一个最高法规范(基础规范),“可以从同一个基础规范中追溯自己效力的所有规范,组成一个规范体系,或一个秩序”。^⑫据此,只要属于一个国家有效的法律规范,必有其共同的规范来源,基于该规范来源,一国的所有法律规范具有统一性。而该规范来源通常被理解为宪法(或第一部宪法),如芦部信喜认为,国法秩序在形式性的效力上,可以理解为以宪法为顶点,其下依法律、命令(内阁政令等)、处分(判决等)的顺序,形成位阶结构。^⑬

法秩序的层级构造理论从规范效力的上下位关系出发,将一国所有法律规范在宪法之下统一,为法秩序统一性原理奠定了部分基础,理论上也多以此来说明法秩序的统一。^⑭不过应当注意的是,法秩序的层级构造理论只是强调下位规范不得与上位规范冲突,同位阶法律的关系不能依此做出论断。所以,法秩序的层级构造理论只是为法秩序统一划定了范

围,并没有为通常的法域关系的处理提供理论支撑。实际上,各部门法在宪法的授权下,根据自身目的制定差异性的规范,这反倒符合法秩序的层级构造理论,因为若非如此,就没有必要进行部门法的划分(违法相对论也多是以此来展开论述的)。

3. 法的安定性

对于法的安定性的概念,理论上并没有统一的定义,但没有疑问的是,其最重要的内涵是法的可预测性,即使公民具有预见到具体法律决定的可能。^⑮很显然,为了实现法的可预测性,必须要求法律具有“导向的确定性”,也就是国民必须清楚,哪些行为是法律的要求。而当法秩序中的规范过于繁杂,以至于法律变得无法被人理解的时候,法律的导向确定就会受到损害。^⑯大部分法律规范是行为规范,向国民发出行为指引,因此,当不同的法律规范发出矛盾的行为指引时,就会有损法的安定性。故强调法秩序的统一性,确保法律向国民发出统一的行为指引,是以法的安定性作为核心内涵的法治的题中之义。^⑰因此,法的安定性也为法秩序统一性原理提供了理论支撑,要求法秩序中的所有规范向国民发出的行为指引必须是一致的,法律秩序必须被解释成一个不存在矛盾的行为指引体系。

不过,法的安定性只是要求法律为国民提供互不冲突的行为指引,以保障一般国民的行为自由。因此,一方面,在犯罪认定中,应当考虑其他法域的行为指引,使其与刑法规范发出的行为指引没有矛盾,此时的相对性判断是不能被允许的;^⑱另一方面,只要在行为指引上没有冲突,不同法域对同一事实作出不同评价无损于法的安定性,此时的相对性判断可以被允许。

(二)法秩序统一性原理的基本内涵

通过以上对法秩序性原理支撑理论的揭示,可以明确的是,基于法学的科学性追求、法秩序的层级构造理论和法的安定性,法秩序统一性原理在某种程度上必须被坚持,完全承认刑法独立判断的理论应当被拒绝。但从另一方面可以得出的结论是,法秩序统一性原理的含义本身就存在着张力:法秩序

的层级构造理论,指向了一定程度的法域判断的相对性;而法的安定性则指向了法秩序统一性严格的一面,即不同法规范的行为指引必须统一。

不过,上述法秩序统一性原理本身的张力并不意味着该原理是一个谱系式的概念,对其理解可以在统一性和相对性两端自由滑动。这是因为,在对法秩序的诠释中,法的安定性是第一位的,目的性的追求只有在保证法的安定性的基础上来提倡。^①作为行为规范的法律,如果在行为指引上存在冲突,就会使国民无法根据法律安排自己的行为,此时法律构建法秩序的目的也会落空。^②若连行为指引都不能统一,则秩序的构建恐怕就会成为问题,遑论去实现其他目的性追求。这一点在犯罪认定中尤为重要,刑罚的严厉性要求刑法具有最后手段性,如果某一行为在其他法域被允许,刑法的介入就不可能获得正当性。“当在任何一个法律领域中得到许可的一种举止行动,仍然要受到刑事惩罚时,那就会是一种令人难以忍受的价值矛盾,并且也将有违刑法作为社会政策的最后手段的这种辅助性。”^③基于此,如果存在其他法域的允许性规定,在特定行为的指引上正好与刑法规范相冲突,此时就要根据其他法域的规范,将该行为合法化。所以,不同法域的相对性判断,是以行为指引的统一为前提的,“既然法秩序本质上由行为规范组成,那么法秩序‘统一性’最核心的内涵就必然在于:法秩序应当是和谐的整体,其各个组成部分之间应当协调一致,不存在矛盾冲突。由行为规范构成的法秩序必须向规范接受者传达统一的、不自相矛盾的行为指引。”^④

当然,刑法与其他法域的相对性判断在法秩序统一性的视角下也是被允许的,法秩序的层级构造理论就为这种相对性预留了空间。只是,任何相对性理论的展开,必须以保证行为指引的统一为前提。所以,通过对其支撑理论的揭示与检讨,可以得出法秩序统一性原理的基本内涵为:在保证行为指引统一的前提下,允许不同法域根据自身目的进行相对判断。

二、现有理论的检讨:法秩序统一性原理的再明确

与法秩序统一性原理内部的张力相呼应,理论上也存在违法一元论与违法相对论的基本对立。前者认为,违法是对整体法秩序的违反,任何违法行为都将破坏整体法秩序。其中,严格的违法一元论认为,在一个法域中被认定为违法的行为,绝不可能在其他法域被认定为合法;缓和的违法一元论认为,违法性虽然在整体法秩序中是统一的,但违法存在不同的类型与程度。^⑤违法相对论^⑥则认为,不同法域的目的、法律效果各不相同,作为推导出效果的要件,违法性中存在差异也是理所当然的。^⑦以各自的立论来说,违法一元论基本是以强调各法域的行为指引统一的法的安定性作为基础的,而违法相对论则以各法域目的不同(目的论)作为支撑,基本可以从法秩序的层级构造理论找到理由。但是,违法相对论及与其相关的理论未能正确处理法的安定性与法域相对性判断的关系,存在诸多值得检讨之处;理论上对违法一元论也存在误解,有必要在法秩序统一性原理的审视下予以澄清。

(一)违法相对论存在忽视法的安定性之虞

违法相对性论从“法律的目的赋予法秩序的统一性”的认识出发,认为各法域有其固有的目的,违法性的内容具有相对性,只要不有损法的目的论层面上的统一性,规范矛盾就可以被承认。^⑧体现违法相对论立场的质的区别说也同样认为,刑法有自己的任务和目的,某种行为是否需要刑法调整,完全可以进行独立的判断,并不依赖于行政法的判断。^⑨具体而言,违法相对论对以下两个问题都作出了否定的回答:(1)符合构成要件的行为,在民法或者行政法中被允许的话,在刑法中是否也要认定为正当?(2)在民法或者行政法中被禁止的行为,若符合刑法上的构成要件,是不是也具有违法性而可罚?^⑩

违法相对论以法域固有的目的为由,突破了法的安定性的制约,对问题(1)的回答即是其体现。但是,向国民发出行为指引是法律最基本的任务;对国民而言,法律最直接的体现形式也就是其行为指引,

若行为指引不能统一,国民则难以服从法律,法治作为一种“使人服从于规则之治的事业”,也就不可能实现。并且,法的行为指引本身就是一种规范目的,而不是存在论层面的言说,因为行为指引是向国民发出禁止或许可,告知国民“应当做什么、不应当做什么”,具有应然层面的性质,即使进行目的论的考虑也不能将其忽视。所以,法的目的性追求应当在保证行为指引统一的前提下进行,违法相对论没有把规范的行为指引的统一作为问题,直接去追求刑法固有的目的,基于法的安定性的考虑,实际上是背离法秩序统一性原理的做法。

(二)规范目的理论和法律效果论难以贯彻法秩序统一性原理

新近有论者提出规范目的理论来处理法域关系。该理论认为,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;在刑法与民法、行政法的规范保护目的冲突,或者刑民、刑行规范保护目的虽整体一致,但对法律主体的保护与惩戒方向不同的场合,刑法独立于民法、行政法。^②规范目的理论建立了一套“原则—例外”的模式,主张刑法原则上应与其他法域保持一致,但例外的情况下可以与其他法域不一致,而是否一致的标准则取决于规范保护目的是否“整体一致”。其中,“整体一致”需要借助共同的上位法规范加以判断。^③

规范目的理论的问题主要有以下两个方面。其一,借助上位法规范判断各法域的规范目的是否整体一致并不可行。这是因为,在法秩序的层级构造中,宪法是刑法、民法、行政法上位规范,但宪法本身不规定权利(法益)的保护方式,而是授权不同部门的立法者行使立法裁量权,构建各自的规范(法秩序的动态类型)。^④既然各部门法具有充分的权限去保护法益,那么就难以借助宪法去判断哪一法域的规范“与整体不一致”。其二,规范目的理论存在忽视法的安定性的问题,其脱离规范行为指引的统一去处理法域关系,并未顾及法秩序统一性原理严格的一面。所以,从根本上来说,规范目的理论既没有

考虑法秩序统一性原理要求的行为指引的统一,也不能为被法秩序统一性原理所允许的相对判断提供可靠的基准,其作为法域关系处理指导原理的理论价值存在疑问。

法律效果论也是新近提出的处理(刑民)法域关系的理论,该说建立在对“违法论”(在行为评价层面建立刑民规范逻辑连接的理论)的批判之上,认为“违法论”不能成为刑民规范适用的连接点,而体现权利义务关系的法律效果能够连接刑民规范,从而使法秩序统一合目的地实现。^⑤

法律效果论实际上是规范目的理论的精细化版本,旨在实现法秩序合目的的统一;与规范目的理论不同的是,法律效果论认为法律效果是规范目的的直接体现,因此通过刑民法律效果的“双向沟通”,最终可以实现整体法秩序的协调。但基于以下三点理由,本文认为法律效果论难以承担协调法秩序的任务。其一,法律效果论之所以认为法律效果是各法域的连接点,其原因在于“法律规范的功能不是描述客观现象,而是基于特定目的的评价,这种评价表现在立法者对法律效果的安排当中”。^⑥但通过行为规范向国民发出命令或禁止也是法律的目的,法律并非只有通过法律效果才能实现其功能。事实上,民事法律并没有规定所有违法行为的法律后果,比如在民法上,犯罪未遂并不承担民事赔偿责任,此时就无法以法律效果为媒介去协调刑民关系。其二,法律效果论为了预留刑法规范和民法规范各自的调整范围,必要时会根据刑法的规范目的制约民法规范的适用范围,但这种做法是预先设定行为人构成犯罪或不构成犯罪,再以此为基础划定民事规范的适用范围,存在循环论证之嫌;以罪刑规范限制相应的民事权利,与刑法的最后手段性相悖,也没有实质的支撑理由。其三,法律效果论的论理,也没有考虑是否要保证法的行为指引的统一,因此在法的安定性方面是存在疑问的。所以,本文认为,法律效果论的运作机制存在疑问,也未能真正贯彻法秩序统一性原理。

(三)违法一元论的新诠释

违法相对论及相关理论难以真正贯彻法秩序统

一性原理的要求,因此需要将目光拉回至违法一元论。从结论上来说,本文认为按照法秩序统一性原理的基本内涵,违法一元论的基本框架是可以维持的。但要维持违法一元论,就有必要对其运作机制加以新的诠释,使其符合“在保证行为指引统一的前提下,允许不同法域根据自身目的进行相对判断”这一要求。

1. 合法的统一而非违法的统一

严格的违法一元论的主张之一是,在整体法秩序中,违法的概念是“单一”的。^④对此,木村龟二的进一步解读是,刑法上被评价为违法的行为,其他法域要统一地认为是违法;其他法域评价为违法,刑法上也要作统一的违法之理解。^⑤但是,这种对违法概念的一元理解明显得不到实证法的支撑,单纯债务不履行、通奸之类的行为,在民法上属于违法行为,却不具有刑事违法性。因此,这一意义上的违法一元论当然不具有合理性。

不过,对严格的违法一元论的理解,还可以从其对如下问题都做肯定回答这一点加以把握:(1)符合构成要件的行为,在民法或者行政法中被允许的话,在刑法中是否也要认定为正当?(2)在民法或者行政法中被禁止的行为,若符合刑法上的构成要件,是不是也具有违法性而可罚?^⑥很显然,从这一意义上的违法一元论是无法推论出对违法概念的一元理解的,因为其他法域上的违法行为必须“符合刑法上的构成要件”才具有刑事违法性。如此,诸如前述单纯债务不履行等行为,因为在刑法上不存在相应的构成要件,自然就不会进入刑法的评价范围,而不可能具有刑事违法性。所以,只要将构成要件的概念(如后所述,还要对构成要件进行实质解释)纳入考量,违法的相对判断在严格的违法一元论中也可以得到承认。

进而,严格的违法一元论只遗留下“符合构成要件的行为,在民法或者行政法中被允许的话,在刑法中也要肯定其正当”这一命题。这一命题的意义在于,在其他法域被允许的行为,必须排除由构成要件奠定的刑事不法,也就是,要实现其他法域合法的行

为在刑法上也是合法这一层面的法秩序统一。从这一意义上来说,严格的违法一元论只意味着不同法域的合法概念的统一,而非违法概念的统一。^⑦而这种合法概念的统一,与主张某一行为被其他法域所允许,刑法的介入就没有正当性的刑法最后手段性的要求一致,因此在解释论中应当被承认。所以,本文认为,只要将严格的违法一元论真正蕴含的合法的统一作为问题,并且将构成要件观念纳入考量,法秩序统一性原理要求的行为指引的统一和刑法的相对判断均可以实现,因此,严格的违法一元论的框架是可以维持的。

2. 违法一元论没有必要“缓和”

针对严格的违法一元论的“缺陷”,缓和的违法一元论认为,违法性虽然在整体法秩序中是统一的,但违法存在不同的类型与程度,刑法上的违法性必须具有值得科处刑罚的质和量,具有可罚的违法性;缓和的违法性的核心概念是“一般违法性”,其认为刑事违法性只是在“一般违法性”的基础上,再附加可罚的判断。^⑧

但实际上,只要将构成要件的概念纳入考量,违法一元论就没有“缓和”的必要。犯罪的认定,从来不是直接以行为是否违法作为基准的,而是首先要根据刑法规定的构成要件进行判断。根据罪刑法定原则要求的保障机能,构成要件是不法的类型,只有在构成要件之内的行为要素才能积极为处罚奠定基础。^⑨因此,成立犯罪的前提条件只能是该行为被刑法规范所禁止(符合构成要件),其他法域的规范只能起到阻却不法的消极作用,否则就是从构成要件之外寻找奠定处罚的事实。而要发挥构成要件的保障机能,就要求在犯罪的认定中必须对构成要件进行实质解释,使得构成要件所推定的刑事不法具有值得处罚的质和量。行为在其他法域违法,对犯罪的认定不具有决定性意义。对犯罪认定有意义的是其他法域的允许性规定(合法行为),因为如果行为在其他法域被允许,但却被刑法所禁止,那么此时就出现了相互冲突的行为指引,基于法的安定性,这种规范矛盾就必须消除。

缓和的违法一元论及与其论理逻辑一致的可罚的违法论忽视了构成要件对行为可罚性判断的意义,从而进行了一些没有必要的讨论。比如通奸、债务不履行、盗窃价值轻微的财物、造成他人轻伤以下的伤害等事例,由于实质上没有达到当罚的程度而不符合构成要件,因此在犯罪认定中根本就不需要考虑其是否违法。缓和的违法一元论发生这一认知偏差的深层原因,在于混淆了违法性和不法这两个概念。对此,德国学者指出,违法性和不法这两个概念存在区别,违法性指的仅仅是一种纯粹的联系,而不法则指的是某种实体,违法性是一个谓词,不法则是一个名词。^⑩由此,违法性是表明行为的允许性的一个概念,只有存在与否,不具有质和量;而不法则具有实体性的意味,可以容纳质和量的差异。可见,缓和的违法一元论所称的具有一定质和量的违法性,实际上指的是具有一定质和量的不法。但缓和的违法一元论等理论却将问题聚焦于违法性,未经构成要件判断就认为违法性存在质和量的区别,产生了诸多误解。

所以,只要首先考虑构成要件观念,先行通过实质解释划定与其他法域存在相对性的刑事不法的范围,再考虑其他法域的允许性规定,发挥其阻却刑事不法的作用,最终确定的刑事不法不仅可以呈现与其他法域中不法行为的差异,还可以与其他法域的允许性规定产生联动,实现法秩序的统一。这一思考逻辑与法秩序统一性原理的要求完全是契合的,而且本身就蕴藏在严格的违法一元论的论理之中,故只要厘清相关概念,违法一元论就没有缓和的必要。

3. 合法的统一应界定为行为指引的统一

违法一元论与法秩序统一性原理是基本契合的:通过合法的统一保证行为指引的统一,通过构成要件实现基于刑法目的的相对性判断。但是,要使违法一元论与法秩序统一性原理真正契合,就需要将合法的统一理解为行为指引的统一。在其他法域存在允许性规定的场合,根据法秩序统一性原理的要求,就应认定相应的行为不构成犯罪。于是,问题

的关键就在于对其他法域的允许性规定的识别。

在通常情况下,其他法域的允许性规定是容易识别的。比如民法上的所有权规范,就允许所有权人行使必要的手段阻止他人对其财产的侵害,因此在权利人采取恐吓等手段收回被他人非法占有的所有物时,属于权利行使行为,可以排除敲诈勒索罪的成立。^⑪再比如,特定机构依法以特定形式发行彩票、司法人员按照法定程序逮捕犯罪嫌疑人、公民扭送现行犯等行为,由于法律的允许乃至鼓励已成为法秩序的一部分,因而不是犯罪行为。^⑫此外,有效的民事合同也可以创设允许性规定,根据有效合同实现合同权利或履行义务的行为属于法律允许(在履行债务的场合,甚至是法律命令的行为)的行为,可以阻却刑事不法。

问题是,在合同或者契约领域,可否从民事法律对合同效力的态度,直接识别出相应的行为指引?对此,有论者指出,法律行为的效力与违法性评价(行为被禁止或允许)不具有关联性,因为根据民法的规定,即使合同违反法律、行政法规的强制性规定也不当然无效,^⑬因此合同有效并不代表缔结合同的行为就是合法行为。^⑭本文认同这一观点,民法上的合同有效性与行为的违法性是两个层面的问题,因为法律行为在效果取向上可以“可归责性”为视角,分为合法行为与不法行为;在意义取向上可以“拘束力”为视角,分为有效行为与无效行为。^⑮民事法律关注的是法律行为的效果,进而确定权利义务关系,对行为的评价不是其主要的任务,因此,从民事法律对合同的效力的态度中不能直接得出关于法律对特定行为的行为指引。所以,应当将合同的效力与法律对缔约行为的行为指引分离,从一个有效的合同并不能得出缔结合同的行为是受法律允许这样的结论,因此也就不能产生将缔结合同的行为正当化的效果。不过,需要注意的是,虽然有效的合同不能将缔约行为正当化,但合同一旦有效,基于该合同实现权利的行为就是受法律允许的行为(实现合同权利),合同对该行为的正当化效果应当被承认。

为了使问题更加清晰,下文将以我国实务中的

“帅某骗保案”^⑥加以说明。本文认为,按照原《保险法》第54条^⑦的规定,投保人帅某签订的保险合同经过两年除斥期未被保险公司解除,该保险合同就产生效力。但是,尽管帅某签订的保险合同是有效的,《保险法》也并非允许行为人通过欺诈行为骗取保险金,因此帅某虚构保险标的进行投保的行为不能被正当化。不过,帅某根据有效的合同要求保险公司理赔的行为则属于实现合同权利的行为,该行为的被允许性来自具有法律效力的保险合同,故基于法秩序统一性的要求,应当根据来自有效合同的允许性规定,将取得保险金的行为正当化。所以,对于本案,刑法上就只能考虑将帅某虚构保险标的进行投保的行为认定为犯罪,而该行为属于《刑法》第198条规定的保险欺诈行为,应当追究其刑事责任(按通说,保险诈骗罪的着手是行为人向保险公司提出理赔要求,那么在本案中,只能追究帅某保险诈骗罪预备的刑事责任)。^⑧

三、法域关系处理的一般规则:法秩序统一性原理的适用

明确了法秩序统一性原理的基本内涵及实现框架后,要使得该原理在具体的“刑民交叉案件”“行刑交叉案件”中予以适用,就必须构建相应的处理规则,以此作为裁判规则解决法域关系问题。不过,由于不同犯罪的构成要件千差万别,具体案件面临的问题不一,因此,对于法域关系的处理“不太容易发展出精致和体系化的理论”,“提出‘一路通吃’的裁判规则原本就不现实;即使勉强提出了,其指导意义也是相对的、有限的”,^⑨故本文也只能尝试提出法域关系处理的一般规则。

(一)其他法域存在允许性规定的场合:绝对从属法律为实现其行为规范的作用,会向国民发出禁止、允许(要求^⑩)某种行为的行为指引。刑法规范一般性地表现为禁止性规定,发出禁止国民实施某种行为的行为指引。某一行为与刑法的行为指引相违背,就属于刑法禁止的行为,从而可能符合刑法规定的构成要件,并且原则上可以推定该行为具有刑事不法。^⑪相应地,其他法域也存在禁止、允许特定

行为的行为指引。当刑法的禁止性规定与其他法域的允许性规定产生冲突时,按照前述法秩序统一性原理的基本要求,此时必须实现“合法的统一”,要求刑法规范绝对地隶属于其他法域的允许性规定,排除犯罪成立。民法上的所有权规范、公法上的法令、有效合同创设的合同权利和义务、创设作为义务的规范、获得行政许可的行为等,均属于其他法域的允许性规定,能够将特定行为正当化,产生刑法规范绝对从属的效果。对于这一点,理论上争议不大,前文也已经论及了对允许性规定的识别,故本文对此不再展开。

(二)其他法域存在禁止性规定的场合:相对从属

在保证行为指引统一的前提下,法秩序统一性原理允许不同法域进行相对判断。所以,即使其他法域存在禁止性规定,也并不意味着相应的行为当然就构成犯罪,因为构成要件是(刑事)立法者根据法益保护目的设定的,可以按照刑法目的独立展开解释,无须从属于其他法域。不过,“刑法规范并不是自足或者自洽的,而是具有不完整性和不周延性的。只有在民法以及其他部门法的配合与协调下,刑法才能发挥作用”。^⑫构成要件的解释,在多数场合要依赖于其他法域的违法性判断,以违反其他法域的禁止性规定为前提(比如交通肇事罪,以违反《道路交通安全法》为前提),此时实际上就要求刑法从属于其他法域。但即便如此,刑法的目的性考量也不可或缺,对构成要件的解释仍要以刑法固有的目的为指导,使构成要件所推定的刑事不法具有值得科处刑罚处罚的质与量。这一思考的结局就是,刑法与其他法域的规范呈现出一种相对从属的状态。具体而言,这种相对从属的判断要以对构成要件实质解释的方式进行。

在犯罪认定中,奠定处罚的积极要素均规定于构成要件,其他法域的规范只能起到阻却犯罪成立的效果,因此有必要对刑法规定的构成要件进行实质解释,将不具有严重法益侵害性的行为排除在构成要件之外。在其他法域存在禁止性规定的场合,不仅要通过法益侵害性的有无,还要通过法益侵害

性的程度(质和量)对行为的不法进行二次判断。

其一,在刑事不法的二次判断中,要通过否定不具有法益侵害性的行为的构成要件符合性,从而将其排除在刑事不法的范围之外。

比如在枪支类案件的认定中,枪支的概念是一个必须结合行政法规范来理解的规范性构成要件要素。其中《枪支管理法》第46条规定,枪支是指以火药或者压缩气体等为动力,利用管状器具发射金属弹丸或者其他物质,足以致人伤亡或者丧失知觉的各种枪支。对于何为“足以致人伤亡或者丧失知觉”,实务中一般采取《枪支杀伤力的法庭科学鉴定判据》和《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》关于枪支的定义,即将所发射弹丸的枪口比动能 ≥ 1.8 焦耳/平方厘米的枪形物一律认定为枪支。^⑤但上述做法属于机械理解法秩序统一性原理的做法,将违反行政法规范的行为全盘认定为犯罪行为。按照刑法相对从属的判断规则,如果行为不具有值得科处刑罚的法益侵害性,即使违反行政法规范,也不能将其认定为符合(刑法)构成要件的行为。因为刑法之所以将枪支作为特别规制对象(禁止非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、盗窃、抢夺、持有、私藏、出租、出借、携带),是因为枪支具有相当大的致人伤亡的杀伤性,具有危害公共安全的危险性,^⑥故应当以对不特定多数人的身心安全的显著杀伤力为标准,认定刑法上的“枪支”。而根据相关研究,枪口比动能为1.8焦耳/平方厘米的弹丸完全不可能击穿人体皮肤。^⑦所以,在对刑法构成要件的解释中,就应当通过目的性限缩,将仅具有极低杀伤力的枪形物排除在枪支犯罪的“枪支”概念之外。^⑧可见,基于法益侵害性标准,在对刑法构成要件进行实质解释时,法秩序统一性“并没有强制立法者在不同法域使用固定含义的概念”,^⑨刑法的目的是保护法益,应当根据法益对构成要件中的概念进行实质解释,将没有侵害刑法所要保护的法益的行为排除在构成要件之外。而且,在其他法域存在禁止性规定的场合,由于刑法和其他法域均发出了禁令,这种概念相对性,“并未实质性地变更刑法乃至法秩序所设置的行为

规范,因而与法秩序统一性原则不相冲突。”^⑩

其二,在刑事不法的二次判断中,要以刑法构成要件关于罪量的规定和当罚的观念为指导,来限制刑事不法的范围。

国家的刑事司法资源是有限的,不可能将所有的违法行为都作为犯罪处理,因此会面临将违法行为和犯罪行为分流处置的问题。我国刑法设定的构成要件往往含有罪量的限制条件,对行政违法、民事侵权行为,往往通过犯罪情节、犯罪结果、犯罪数额等罪量要素限制刑事处罚范围。因此,在存在罪量规定的场合,通过罪量要素可以实现刑法的相对从属性判断。但即使刑法构成要件中不存在罪量规定,也并非意味着刑事不法的判断要绝对地从属于其他法域。根据《刑法》第13条的但书规定,将“情节显著轻微危害不大”的行为排除在构成要件之外也是可能的。

比如,对于醉酒驾驶机动车行为,《刑法》第133条之一并未规定罪量要素。同时,在“醉驾入刑”后,《道路交通安全法》进行了修正,删除了对醉驾行为“处以15日以下拘留并处罚款的行政处罚”的规定,似乎意味着对醉驾行为的制裁模式已由单一的行政制裁模式转变为单一的刑事制裁模式。^⑪但现实中的醉驾行为形形色色,有些醉驾行为对公共安全造成的危险极小,比如醉酒“在车库短距离挪车”“走几步就熄火”“凌晨在荒无人烟的道路上行驶”等情形,几乎不可能危及不特定多数人的身心安全,应当认为“情节显著轻微危害不大”,从而将其解释为不符合“醉酒驾驶机动车”这一构成要件。

又比如,在“王力军涉嫌非法经营案”中,王力军在没有办理粮食收购许可证及工商营业执照的情况下买卖玉米,行为违反了当时的国家粮食流通管理有关规定,而且王力军的涉案数额达到21万余元,已经达到了非法经营罪的数额,因此在形式上符合了非法经营罪的构成要件。但再审法院认为,王力军的行为尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度,不具备与《刑法》第225条规定的非法经营罪相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性,不构成非

法经营罪。^④这一实务立场意味着,违反行政法规范的行为,即便具备了刑法规定的罪量要素,也仍可能通过当罚性考量,限缩刑法处罚范围。因此,“犯罪行为危害实质和违法本质,或者犯罪行为的认定,取决于前置法而非刑事法的规定”^⑤这一说法并不合理,刑法具有其固有的目的,只是相对地从属于前置法。

(三)其他法域不存在行为指引的场合:刑法独立判断

需要重点讨论的是其他法域不存在行为指引的场合,违法相对论对违法一元论的批判也多是以属于该种场合的案件处理为对象的。

比如,在专断医疗中,医生实施的医疗行为在医学上是成功的,刑法上出于对患者自决权的尊重,认为该行为构成伤害罪,但在民法上会基于损害公平分配的观点,否定医生的损害赔偿义务。违法相对论据此认为,在该事例的处理中,刑法和民法存在规范冲突,只有从目的论的角度才能调和。^⑥不过本文认为,在专断医疗的场合,民法之所以否定损害赔偿义务,只是由于没有出现民法关注的身体损害结果,而且对于损害结果的判断,往往是基于整体性的利益衡量,即专断医疗行为虽然也造成了一定的身体损害,但以最终的“医疗结果”观之,总体上是有利于患者身体健康的,因而在民法上经过利益衡量后,认为不存在身体损害结果,从而认为医生的行为不符合侵权构成要件,进而否定损害赔偿义务,也即保护身体权利的民事规范只关注“医疗结果”意义上的最终的身体机能健全这一实害结果,对于该实害结果,民法才能基于损害填补及衡平的考量要求损害赔偿。而患者的自决权这种精神层面的权利并非民法关注的对象,但按照刑法一般预防目的的考量,将身体法益“精神化”,使其与患者的自决权结合,创设了针对医生的行为禁令。所以,“专断医疗行为的实施者尽管不承担损害赔偿的民事责任,并不意味着在民法上就是合法的行为,只不过根据民事责任的特性,不需要承担该种责任罢了。”^⑦民法只是对未造成实际身体损害的结果不予评价而已,并不能从否定

损害赔偿义务这一点得出民法对该行为发出了行为许可。所以,既然不存在民法上的允许性规定,那么刑法出于法益保护目的处罚该行为,这种刑法的独立判断就不存在违反法秩序统一性原理的问题。实际上,专断医疗的问题与未遂犯、危险犯的处罚是同一层面的问题,在这些场合,刑法出于保护法益的目的,将相关法益抽象化,对民法不予关注(从而也未做出行为指引)的行为予以处罚而已。进一步地延伸,“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”^⑧这一命题并非是违法相对论的归结,基于违法一元论也可以得出这一结论,因为刑法基于其目的也可以创设需要保护的法益(刑法中的著作权概念、信用卡概念就是如此)。

同样,在违禁品是否能够成为财产犯罪对象的问题上,按照本文的观点,也属于民法没有对此做出评价,而刑法根据保护财产秩序的需要,将其认定为犯罪的现象。由于违禁品既不允许交易流通,也不被允许持有,只能由国家予以销毁,因此持有人对违禁品的占有就不可能得到民法的保护。^⑨不过,民法不保护违禁品的占有,只是没有赋予持有人占有返还请求权等民事权利(通过不关注这一占有状态的方式来拒绝提供民法上的保护),而并非否定持有人事实上的占有。这一点与民法上的物权法定原则并不存在直接的冲突,因为刑法也并非是将违禁品的物权(所有权)作为问题,而是一方面承认违禁品的经济价值,认为有必要保护其占有;另一方面为了保障行政法上对违禁品的收缴制度(因为所谓“收缴”,也是一种事实上的占有状态的变更),也需要暂时性地保护其占有,从而将违禁品的占有也纳入刑法的保护范围。事实上,刑法上夺取型犯罪保护事实上的占有,只是对民法未予以保护的客体加以事实上的(暂时)保护,终究不过是对民法未予以评价的事实,根据其保护财产秩序的目的加以处罚,此时从行为指引的角度,难言存在真正的法域冲突。^⑩关于不法原因给付物,则需要区分骗取不法原因给付物和侵占不法原因给付物。在骗取不法原因给付物的场合,由于诈骗罪等犯罪属于侵害占有的犯罪,占有本

身在刑法上就可能被解释为财产损失,因此即使“当给付者违背法律法规或公序良俗、将自己置身于法秩序之外时,民事法律例外地否认其返还请求权”,^⑥刑法仍可以将侵害占有作为问题,认定该行为成立诈骗罪,此时与侵害违禁品的占有有一样,也属于“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”。并且,刑法将骗取不法原因给付物认定为诈骗罪,并不意味着要肯定给付者的(在民法上不存在的)返还请求权,因为我国《刑法》第64条规定的是“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或责令退赔;对被害人的合法财产,应当及时返还”。不法原因给付物并非被害人的合法财产,直接予以追缴即可,此时不涉及返还请求权的积极承认。但是,在侵占不法原因给付物的场合,按照通行的理解,侵占罪侵犯的是所有权,由于不能认可给付者对不法原因给付物的所有权,那么侵占行为就难以符合侵占罪的构成要件,因此就不应将该行为作为犯罪处理。不过,若是对侵占罪的保护法益做不同的理解,即并非将民法上的所有权作为问题,进行刑法相对的解释也是可能的,但这终究是具体犯罪构成要件的解释问题,已经超出法域关系处理的范畴。

四、结语

法秩序统一性原理作为一项被普遍接受的处理法域关系的原则,要求在法律适用中贯彻体系化的思考方式,使属于整体法秩序的所有规范达成彼此的协调。但如果不去探究法秩序统一性原理之所以被坚持的理由,就难以明确其内涵。通过对其支撑理论的考查可知,法秩序统一性原理本身就存在一定的内在张力,即一方面要求各法域行为指引的统一,另一方面又允许各法域根据自身目的进行相对判断;但相对判断与行为指引的统一是存在位阶关系的,只能在保证行为指引统一的前提下实现相对判断。

本文基于法秩序统一性原理的上述内涵,认为在犯罪认定中,法规范的行为指引和构成要件观念在贯彻法秩序统一性原理的过程中至关重要。通过

前者,保证行为指引的统一,实现法的安定性;通过后者,对构成要件进行实质解释,实现刑法的规范目的。在具体的规则构建方面,本文认为,在其他法域存在允许性规定的场合,刑法要绝对地从属于其他法域;在其他法域存在禁止性规定的场合,刑法要相对地从属于其他法域;而在其他法域没有对相关行为予以评价从而不存在行为指引的场合,刑法可以根据自身目的展开独立判断。

注释:

①有观点认为,“刑民交叉案件”等概念并非“对事物本质的思考”,其外延也可能漫无边际,因此在刑法学中不存在之余地,参见张明楷:《刑法学中的概念使用与创制》,载《法商研究》2021年第1期,第17页。本文仅部分赞同这一观点:上述概念不具有规范学上的意义,因此确实并非“对事物本质的思考”;但若在各自语境中指代相对明确,作为事实性的概念在刑法学中并非没有存在的余地。就本文而言,“刑民交叉案件”“刑行交叉案件”是指在认定刑事责任时需要关照民法、行政法上相关判断的案件类型。

②周光权:《“刑民交叉”案件的判断逻辑》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期,第4页。

③于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,载《中国法学》2018年第4期,第88页。

④王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,载《中国法学》2017年第4期,第71页。

⑤参见王骏:《不同法域之间违法性判断的关系》,载《法学论坛》2019年第5期,第64-75页。

⑥参见[日]京腾哲久:《法秩序的统一性与违法判断的相对性》,王释锋译,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第158页。

⑦参见聂立泽、刘林群:《行政不法与刑事不法的不对称性研究》,载《政法学刊》2021年第1期,第49页。

⑧参见[奥]恩斯特·A. 克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第55页。

⑨[德]希根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,法律出版社2015年版,第188页。

⑩[荷]扬·斯密茨:《法学的观念与方法》,魏磊杰、吴雅婷译,法律出版社2017年版,第17页。

⑪参见郭妍：《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》，载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2020年第5期，第82页。

⑫[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆2013年版，第175页。

⑬参见[日]芦部信喜：《宪法》(第6版)，林来梵等译，清华大学出版社2018年版，第8页。

⑭参见[日]曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第211-212页。

⑮参见雷磊：《法律方法、法的安定性与法治》，载《法学家》2015年第4期，第3页。

⑯参见[德]齐佩利乌斯：《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社2013年版，第187-188页。

⑰参见王钢：《非法持有枪支罪的司法认定》，载《中国法学》2017年第4期，第71页。

⑱恩吉施认为法秩序中的“规范矛盾”必须被排除，而“规范矛盾”是指在“某个具体行为上法规的互相竞争冲突，这样的行为同时被视为禁止、命令，或至少是被允许的。”Vgl. Englisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935(Neudruck 1987), S. 50-51.实际上，恩吉施所称的“规范矛盾”，与本文所称的行为指引的内涵是一致的。

⑲拉德布鲁赫将法的安定性与正义、合目的性作为法律的三大理念，并将法的安定性作为法律的第一大任务，认为在一般情况下，正义与合目的性必须为法的安定性让步。参见[德]拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第73-77页。

⑳参见吴镐飞：《法秩序统一视域下的刑事违法性判断》，载《法学评论》2019年第3期，第49页。

㉑[德]罗克辛：《德国刑法学总论：犯罪原理的基础构造》，王世洲译，法律出版社2003年版，第397页。

㉒王钢：《非法持有枪支罪的司法认定》，载《中国法学》2017年第4期，第71页。

㉓参见张明楷：《外国刑法纲要》(第3版)，法律出版社2020年版，第115页。

㉔理论上一般将违法相对论与违法多元论等同，参见[日]前田雅英：《刑法总论讲义》，曾文科译，北京大学出版社2017年版，第24页；[日]曾根威彦：《刑法学基础》，黎宏译，法律出版社2005年版，第214页。但我国学者王昭武认为，以对“一般违法性”和“可罚的违法性”的态度的差异，违法相对论与违法多元论存在对立，参见王昭武：《法秩序统一性视野下违法

判断的相对性》，载《中外法学》2015年第1期，第173-176页。由于这种争议无关本文的宏旨，故本文采取理论上的一般观点，将两者等同。

㉕参见[日]前田雅英：《刑法总论讲义》，曾文科译，北京大学出版社2017年版，第25页。

㉖参见[日]京腾哲久：《法秩序的统一性与违法判断的相对性》，王释锋译，载《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期，第153-154页。

㉗参见孙国祥：《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》，载《法学家》2017年第1期，第50页。

㉘参见[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。

㉙参见于改之：《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》，载《中国法学》2021年第2期，第223页。

㉚参见于改之：《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》，载《中国法学》2021年第2期，第223页。

㉛参见[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆2013年，第176-177页。

㉜参见陈少青：《刑民交叉实体问题的解决路径——“法律效果论”之展开》，载《法学研究》2020年第4期，第75-86页。

㉝陈少青：《刑民交叉实体问题的解决路径——“法律效果论”之展开》，载《法学研究》2020年第4期，第80页。

㉞参见王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，载《中外法学》2015年第1期，第173页。

㉟参见[日]京腾哲久：《法秩序的统一性与违法判断的相对性》，王释锋译，载《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期，第154页。

㊱参见[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。

㊲参见简爱：《从“分野”到“融合”——刑事违法判断的相对独立性》，载《中外法学》2019年第2期，第442页。

㊳参见王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，载《中外法学》2015年第1期，第173-176页。

㊴参见[日]山口厚：《刑法总论》(第3版)，付立庆译，中国人民大学出版社2018年版，第30页。

㊵参见[德]汉斯·韦尔策尔：《目的行为论导论：刑法理论的新图景》，陈璇译，中国人民大学出版社2015年版，第25页。

㊶参见周光权：《刑法各论》(第4版)，中国人民大学出版社2021年版，第153页。

㊷参见张明楷：《刑法学》(第6版)，法律出版社2021年版，

第307页。

⑬《民法典》第153条规定,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。

⑭参见蒋太珂:《除斥期间的刑法评价》,载《政法论坛》2020年第3期,第140-141页。

⑮参见朱庆育:《法律行为概念疏证》,载《中外法学》2008年第3期,第337页。

⑯本案的概况是:行为人帅某于1998年为其母亲张某向某保险公司投保了死亡保险金为27万元的终身保险,根据保险合同,被保险人必须具备70周岁以下且身体健康的条件;2003年,张某因病身亡,于是保险公司向受益人帅某支付了27万元的保险金;但事后发现,帅某在投保时隐瞒了其母的真实出生日期,并将户口本上张某的出生日期篡改为1944年11月7日(真实出生日期为1921年1月7日),将当时已经77岁的张某的年龄改为54岁,使张某符合投保条件。

⑰原《保险法》第54条(现第16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,但自合同成立之日起逾二年的除外。

⑱相反观点则认为,行为人开始实行《刑法》第198条规定的5种保险诈骗行为即为保险诈骗的着手,参见谢望原:《保险诈骗罪的三个争议问题》,载《中外法学》2020年第4期,第1093页。按照该观点,可以追究帅某保险诈骗罪未遂的责任。对“帅某骗保案”的详细分析,参见周光权主编:《如何解答刑法题》,中国人民大学出版社2021年版,第373-381页。

⑲周光权:《“刑民交叉”案件的判断逻辑》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期,第4页。

⑳此处的“要求”,是指法律要求国民必须为某一行为。但以规范逻辑观之,“凡是被要求的,就是受容许的”,被要求的行为必然也属于被允许的行为,所以本文将“被要求”作为“被允许”的子类型。关于规范逻辑,参见[德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第136-137页。

㉑当然,刑法规范中也存在允许性规定,比如我国《刑法》第20条关于正当防卫的规定,就是向国民发出可以对不法侵害进行反击的行为指引。

㉒陈兴良:《民法对刑法的影响与刑法对民法的回应》,载《法商研究》2021年第2期,第27页。

㉓在“赵春华非法持有枪支案”中即采取了上述标准,两审法院均以枪口比动能大于1.8焦耳/平方厘米为由将赵春华持有的6支枪形物认定为枪支,从而认定赵春华构成非法持有枪支罪,参见天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决书、天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

㉔参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第911页。

㉕参见李刚、姚利:《枪弹痕迹的法庭科学鉴定现状与未来》,载《警察技术》2008年第1期,第24页。

㉖参见王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,载《中国法学》2017年第4期,第76-77页。

㉗Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935(Neudruck 1987), S. 43-44.

㉘王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,载《中国法学》2017年第4期,第73页。

㉙参见王志祥:《醉驾行为制裁模式的论争及发展方向》,载《甘肃社会科学》2018年第4期。

㉚参见内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内08刑再1号刑事判决书。

㉛田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,载《法学家》2013年第3期。

㉜参见[日]京腾哲久:《法秩序的统一性与违法判断的相对性》,王释锋译,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第158页。

㉝童伟华:《日本刑法中违法性判断的一元论与相对论述评》,载《河北法学》2009年第11期,第171页。

㉞王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载《中外法学》2015年第1期,第178页。

㉟参见于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,载《中国法学》2018年第4期,第100页。

㊱刑法上保护事实上的占有,从而保护相应的财产秩序,并不意味着财产犯罪就因此会沦为妨害社会管理秩序的犯罪。因为保护财产秩序,是以认为行为对象具有经济价值从而具有财产性为前提的,这一点是与单纯保护社会秩序这一相对抽象的集体法益存在区别的。

㊲王钢:《不法原因给付对于认定财产犯罪的影响——立足于财产概念与“非法”占有的考察》,载《法学家》2017年第3期,第133页。