

论“一般违法性”的法理定位与教义学功能

——以部门法判断协调问题为中心

张峰铭

内容提要:部门法交叉案件的实体法困境之一是如何兼顾法秩序的统一性与部门法违法性判断的相对独立性。破解该困境需要突破单一部门法视角,在法理论层面引入一般违法性概念。法秩序统一的本质并非规范统一或价值统一,而是整体法秩序的判断统一,故而一般违法性不是冗余概念。但一般违法性并非部门法违法性的上位或前置概念,部门法违法性也不能被分解为“一般违法性+个别部门法可回应性”。由于法规范所保护的价值依附于具体的部门法实践,且法律评价与特定的部门法回应方式不可分离,部门法的固有违法性在逻辑上优先于一般违法性。一般违法性是部门法固有违法性之后的二次判断,其功能在于引入本部门法之外的正当化理由。一般违法性概念的教义学意义在于提示裁判者他们做出的违法性判断不仅仅代表部门法立场,更代表整体法秩序的立场,因此必须穷尽法秩序内部的一切正当化理由。

关键词:一般违法性 违法性判断 部门法交叉 法秩序

张峰铭,中共中央党校(国家行政学院)政治和法律教研部讲师。

在日常生活中,人们常常会谈论一个行为合法或违法,似乎对行为可以进行“一般违法性”评价。这是因为大多数人都认为,法秩序是一个统一的整体,对同一行为不能给出相互冲突的评价和指引。但在司法实践中,法官并不对行为做单纯的合法或违法判断,一切违法性判断总是会落实到部门法层面,例如“民事违法”“行政违法”以及“刑事违法”。而且不同部门法的违法性判断未必一致,一个行为完全可能行政违法但不具有刑事违法性。这样,人们就共享了两个似乎相互冲突的理论直觉:一个直觉是,法秩序是统一的;另一个则是,各部门法违法性判断具有相对独立性。

许多学者都尝试说明法秩序的统一性与违法性判断的相对独立性如何能够兼容,进

而解决实践中的“部门法违法性协调难题”。^[1]这其中具有代表性的观点之一是刑法学者提出的“缓和的违法一元论”:刑事违法性是“一般违法性+可罚的违法性”。^[2]“一般违法性”说明了法秩序的统一性,为公民提供行动指引;而“可罚的违法性”说明了刑事违法性判断的相对独立性,为法官裁判提供依据。该观点在日本具有一定影响力,在我国也受到一些学者支持。^[3]

“缓和的违法一元论”是否成立,不仅关乎刑法学讨论,更具有重要的一般性法理论意义,^[4]对此法理学界的关注和研究相对不足。^[5]“一般违法性+可罚的违法性”模型可以被进一步普遍化,即主张任何部门法的违法性判断都包含了“一般违法性(目的)+个别部门法可回应性(手段)”两个部分。如果这种观点成立,则意味着任何部门法违法性判断总是前置了一般违法性判断,而不同部门法的回应只是针对一般违法行为的不同应对手段。这将进一步对立法和法律解释的方法论产生重大影响,例如会对不同部门法的同一法律概念提出更高的统一解释要求,部门法的特殊目的也会受到法秩序一般目的更严格的约束。

本文试图以缓和的违法一元论为切入点,探究一般违法性概念在法理论层面是否有存在的必要性,以及一般违法性与部门法违法性之间有着何种关系。本文将首先以缓和的违法一元论为讨论起点,区分一般违法性冗余论、前置论与后置论三种立场,然后反驳一般违法性冗余论,进而反驳一般违法性前置论,最后正面捍卫一般违法性后置论。一般违法性概念的法理论意义在于引入来自其他部门法的正当化理由,对具有特定部门法固有违法性的行为进行二次违法性判断,从而确保任何部门法违法性判断的做出都代表了整体法秩序的立场。

一 既有讨论之分析

(一)缓和的违法一元论立场

缓和的违法一元论由日本学者较早提出,^[6]我国提倡该学说的代表则是王昭武教授。^[7]于改之教授的“相对从属性说”和田宏杰教授的“前置法定性+刑事法定量”说亦可归属于缓和的违法一元论。^[8]虽然不同学者的观点和表述存在差异,但“刑事违法

[1] 参见陈金钊、吴冬兴:《论法秩序统一性视角下违法判断的法域协调》,《东岳论丛》2021年第8期,第162页。

[2] 参见王昭武:《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174-175页。

[3] 相关梳理辨析参见陈文涛:《犯罪认定中的法秩序统一性原理:内涵澄清与规则构建》,《华东政法大学学报》2022年第2期,第51-54页。

[4] 法理论是从内部观察者视角出发的对一般性法律知识的研究,相关讨论参见雷磊:《法理论:历史形成、学科属性及其中国化》,《法学研究》2020年第2期,第20-41页;田夫:《从法学基础理论到法理学》,《中外法学》2021年第1期,第141-160页。

[5] 对部门法间关系的近期研究参见陈景辉:《法典化与法体系的内部构成》,《中外法学》2022年第5期,第1180-1200页;许瑞超:《宪法和一般法关系命题的观念溯源与当代表达》,《环球法律评论》2023年第1期,第74-93页。

[6] 参见[日]山口厚著:《刑法总论》(第3版),付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第185-190页。

[7] 参见王昭武:《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182页。

[8] 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89-90页;田宏杰:《刑民交叉问题的实体法立场与分析方法》,《政治与法律》2021年第12期,第50-51页。

性=一般违法性+可罚的违法性”是缓和的违法一元论最为典型的标签式立场。所谓一般违法性,是指不为整体法秩序所允许的行为;而“可罚的违法性”,则是指违法性达到了特定的“质”和“量”,可以作为刑罚回应的对象。^[9] 这种看法背后的逻辑是,法律的首要功能之一是为国民提供行为指引,这就要求法律自身对于特定行为的指引必须是统一的,不能发出相互冲突的指令。因此一个行为不可能同时为整体法秩序所反对和许可。为整体法秩序所反对的行为就具有一般违法性。但是,整体法秩序所反对的行为未必达到了值得动用刑罚这种严酷手段来回应的程度,而刑事违法性本身蕴含了行为的可罚性,因此要具备刑事违法性就需要在一般违法性基础上进一步具有可罚的违法性。

刑法学者的讨论大多止步于此,但上述理论逻辑如果成立,显然不仅仅适用于刑事违法性判断。根据缓和的违法一元论,任何部门法领域的违法性判断都可以分解为“一般违法性”和“个别部门法可回应性”两个部分。前者代表整体法秩序对于该行为的反对态度。所谓整体法秩序反对,是指不合法秩序的整体目的。如果某行为符合整体法秩序的目的因而受到许可甚至鼓励,那么该行为在任何部门法意义上都不可能具备违法性。例如,为保护个人和集体正当利益而实施正当防卫是整体法秩序所允许和鼓励的,因此正当防卫行为不具备一般违法性,进而也不具备刑事违法性。而在确定了整体法秩序的否定态度之后,则需要判断是否需要国家强制力介入进行回应,以及何种回应方式是适当的。一个不符合整体法秩序目的因而被整体法秩序所反对的行为,可能基于比例原则的考量,并不值得国家回应。此时该行为不具备任何部门法违法性,但仍然具备一般违法性,例如对他人的轻微不尊重行为。而值得国家强制力介入回应的行为,则根据回应的具体方式不同而分为民事违法性(民事救济)、行政违法性(行政处罚)以及刑事违法性(刑罚)。

本文将上述观点称为缓和的违法一元论的普遍立场,而将刑法学者的观点称为缓和的违法一元论的局部立场。本文将重点讨论普遍立场,因为这种立场是局部立场的直接推论,且更具有一般性的法理论意义。缓和的违法一元论的普遍立场实际上包含了关于一般违法性的三个重要命题:必要性命题、前置命题和分离命题。必要性命题是指,一般违法性概念对于理解整体法秩序而言是必要的,因为法秩序的整体性决定了一个行为必然能够在一般意义上被判断为合法或违法。前置命题是指,一般违法性在逻辑上优先于部门法违法性,且所有部门法违法性判断都前置了一般违法性判断。分离命题是指,一般违法性与个别部门法可回应性相互分离,也即“整体法秩序对某行为的评价态度”与“该行为是否值得法律以特定方式介入”是两个相对独立的环节。虽然一般违法性是特定部门法可回应性的必要条件,但前者并非后者的充分条件,需要引入其他考量因素来确定法律是否回应以及回应的具体方式。由于一般违法性前置是缓和的违法一元论最突出的特征,下文也将缓和的违法一元论称为一般违法性前置论。

(二) 对缓和的违法一元论的质疑

在当下的讨论中,违法相对论往往被视作缓和的违法一元论最有力的反对立场。一般认为,违法相对论拒斥一般违法性概念,主张更加直接地根据部门法自身的固有目的来

[9] 参见王昭武:《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175页。

判断行为的部门法违法性。我国学者张明楷、周光权、简爱都可以被视作违法相对论者。^[10] 不过相比较缓和的违法一元论,违法相对论对法秩序整体结构立场的阐述仍不够体系化,许多时候仅仅以“法秩序统一性与部门法目的的相对独立性并不冲突”为依据来自我辩护;同时也缺乏对缓和的违法一元论各个命题的体系性检讨。除了违法相对论之外,还有其他立场同样可能反对缓和的违法一元论,这些立场在当下讨论中可能被忽视了。因此下文对相关质疑的阐述将不会以违法相对论者自身的论述逻辑展开,而是以缓和的违法一元论的三个命题为顺序,考察对于缓和的违法一元论而言存在哪些不可忽视的质疑立场。

第一种质疑认为,一般违法性概念是冗余的。这一质疑直接针对必要性命题,本文称之为冗余命题。冗余命题有两种可能依据:法秩序统一性并不能推出一般违法性;一般违法性对于司法判断而言是多余的。^[11] 冗余命题与必要性命题是对立关系。

第二种质疑认为,一般违法性概念虽非冗余,但并非前置于部门法违法性,而是逻辑上后置于部门法违法性。这一质疑直接针对前置命题,本文称之为后置命题。后置命题的依据在于,每个部门法都有其内在目的,因此存在所谓的部门法固有违法性,这种固有违法性逻辑上优先于一般违法性。一般违法性是对各部门法固有违法性进一步协调之后的产物。后置命题与前置命题是对立关系。

第三种质疑认为,可禁止性与可回应性之间不可分离,而是存在必然关联。这一质疑直接针对分离命题,本文称之为必然关联命题。必然关联命题认为,“法秩序反对什么”和“法秩序是否以及如何回应”不是两个相对独立的问题。其依据在于,禁止某个行为的核心理由必然在一定程度上要求某种性质或程度的回应。必然关联命题与分离命题是对立关系。

下文将首先拒斥冗余命题,论证一般违法性概念的必要性;接着同时反对前置命题和分离命题,捍卫后置命题和必然关联命题。简言之,本文将捍卫一般违法性概念的必要性,但反对将一般违法性视作部门法违法性的前置概念,提倡将之视作对部门法固有违法性的约束与调和。因此本文的立场既不同于违法相对论(因为认可存在一般违法性),也不同于缓和的违法一元论(因为反对一般违法性前置),而可以被称作一般违法性后置论。相对地,本文将支持冗余命题的立场称为一般违法性冗余论,而将缓和的违法一元论立场称为一般违法性前置论。下文将首先反驳一般违法性冗余论和前置论,然后捍卫一般违法性后置论。

二 一般违法性冗余论之反驳

一般违法性冗余论认为,一般违法性概念对于法理论和法律实践而言都是冗余的。

[10] 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50-51页;周光权:《论刑法所固有的违法性》,《政法论坛》2021年第5期,第41-44页;简爱:《从“分野”到“融合”——刑事违法判断的相对独立性》,《中外法学》2019年第2期,第439-441页。

[11] 参见简爱:《从“分野”到“融合”——刑事违法判断的相对独立性》,《中外法学》2019年第2期,第446页。

如果这一观点成立,一般违法性究竟是前置还是后置也就无从谈起,因此有必要首先认真对待并反驳冗余论的立场。冗余论者可能基于两个理由来捍卫自身立场:第一,法秩序统一性的理念本身并不蕴含一般违法性;第二,一般违法性对于司法判断而言是多余的。下面将对这两个理由进行逐一探讨。

(一) 法秩序统一性是否蕴含一般违法性

捍卫必要性命题的典型方式是诉诸法秩序统一性原理。^[12] 而冗余论者则试图论证法秩序的统一性并无法推出一般违法性的存在。下文将首先呈现支持必要性命题的现有论证,指出这些论证的缺陷,进而给出新的论证,反驳冗余命题。

首先,一些学者诉诸所谓存在论统一(规范统一)来捍卫一般违法性概念的必要性。这种观点认为,法律的基本功能是有指引人的行动,这就要求法律不能给出相互冲突的指引,规范指引的一致性也就蕴含了一般违法性。^[13] 本文认为,诉诸存在论统一来辩护一般违法性是失败的,因为法秩序统一性并不要求其个别规范之间的无矛盾性。这里的关键在于区分“整体法秩序的判断”和“法秩序内部的个别规范”。规范不等于判断,规范是判断的理由。个别规范的冲突并不必然导致统一判断无法做出。^[14] 例如,在不同位阶规范冲突时,遵循上位法优先于下位法的判断规则。当不同法律规范属于同一位阶时,则通常遵循新法优先于旧法、特别法优先于一般法的规则。个别规范之间的矛盾本身不必然意味着整体法秩序不存在单一判断,法秩序没有必要坚持个别规范一致意义上的存在论统一,故而也不能以之为基础论证一般违法性概念的必要性。

其次,也有学者诉诸目的论统一(价值统一)来捍卫一般违法性概念的必要性,^[15] 这种看法往往预设了法秩序的价值一元论观点。功利主义者会以利益或福祉作为可通约的价值尺度,将最大多数人的最大利益作为法秩序的终极目标。另一些学者则可能以平等或尊严等价值作为统摄法秩序的最高目标。不论选择哪一种价值作为最高目标,只要存在一种至上价值,这就意味着一个行为可以基于该价值得到一元化的评价,这个评价就是整体法秩序的态度。本文认为价值一元论是错误的,存在着不可化约的多元价值,而且价值之间未必能够做出单一的高下权衡。各个部门法乃至部门法内部的具体规则都是多元价值妥协的产物。^[16] 古典民法的核心目的是保障意思自治,但交易安全与效率的价值考量也越来越多地渗入,例如善意取得规则与格式合同的相关规定。试图诉诸目的论统一来捍卫一般违法性的必要性是失败的,因为法秩序本身就并非一个和谐融贯的价值统一体。

综上,诉诸存在论统一和目的论统一来论证必要性命题的传统思路都失败了。但本文仍然认为一般违法性概念并不冗余。一般违法性的基石既不是规范统一,也不是价

[12] 对法秩序统一性原理的内涵分析参见吴冬兴:《论法秩序统一性原则的司法应用逻辑》,《法学》2022年第7期,第23-39页。

[13] 参见[德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第200-202页。

[14] 类似的看法参见雷磊:《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7卷),山东人民出版社2008年版,第255页。

[15] 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》,《法学研究》2020年第4期,第78-79页。

[16] 参见王骏:《违法性判断必须一元吗?——以民刑实体关系为视角》,《法学家》2013年第5期,第143页。

值的统一,而是整体判断本身的统一。^[17] 不论是存在论统一还是目的论统一,都过多将目光放在判断的形式或实质根据上,而忽略了判断本身。法治的基本要求是清晰有效的行动指引,这要求“法律用一个声音说话”,^[18] 给出许可、要求或禁止的单一态度。价值的统一性并不是法秩序统一的基础,相反正是因为现实生活中存在着合理的多元价值分歧,许多问题才需要法律介入做出决断。个别规范的评价也不代表整体法秩序的终局判断,而仅仅是判断的理由之一,是一种初确意义上的判断。^[19] 对于不同的初确判断之间如何协调,存在着位阶规则、衔接规则、一般性法律原则权衡等多种处理方式,这些协调方案最终保证了整体法秩序判断的统一性。简言之,法秩序的统一性是判断的统一性,判断的统一性必然蕴含一般违法性。法秩序统一判断的实现并不依赖于规范或目的的统一,而可以通过不同法律理由之间的协调和权衡来实现,第四部分将进一步展开探讨。

(二) 一般违法性如何影响司法判断

除了否定法秩序统一性与一般违法性的关系,冗余论者还可能从司法判断的实践意义角度否认一般违法性概念的必要性,也即认为一般违法性对于司法判断没有任何积极意义。这里的“没有任何积极意义”包含两种观点:第一种是一般违法性在司法判断中无法产生任何实践差异;第二种是认为引入一般违法性会产生实践差异,但这种差异并非是积极性的,而是使得司法实践不必要地复杂化。

首先考察第一种观点。有学者认为,必要性命题的支持者从未清晰揭示如何在司法中判断一般违法性,而是笼统地用民事违法性或行政违法性来表明某行为具有一般违法性。^[20] 如果一般违法性不过是民事违法性或行政违法性的代称,那么一般违法性对司法实践来说就没有任何实际意义。本文认为上述批评仅仅能够针对缓和的违法一元论局部版本的一种特殊分支。这种局部版本的特殊分支认为,只有刑事违法性预设了一般违法性,因为刑法是整体法秩序的保障法;整体法秩序则分为民法和行政法两个互不干扰的部分,违反任意一方的禁止性规定则具有一般违法性。对于这种特殊看法而言,一般违法性的确没有司法实践意义,只需要遵循民事违法性、行政违法性与刑事违法性之间的“前置—后置”关系即可。这一“前置—后置”关系是否成立需要另文讨论。对于本文所讨论的一般违法性前置论而言,上述批评是无效的,因为一般违法性前置论不仅认为刑事违法性前置了一般违法性,而且也认为民事违法性和刑事违法性前置了一般违法性。这样,在判断一个行为是否具有民事违法性和行政违法性时,同样需要先判断一般违法性,此时一般违法性概念就会产生实践差异。

然后考察第二种观点。^[21] 如果判断部门法违法性总是要首先判断一般违法性,那么

[17] 详细讨论参见张峰铭:《法秩序在何种意义上是统一的——对部门法交叉问题的前提性反思》,《东岳论丛》2022年第4期,第168-180页。

[18] 参见陈景辉:《部门法学的教义化及其限度——法理学在何种意义上有助于部门法学?》,《中国法律评论》2018年第3期,第72页。

[19] 初确判断和终局判断的区分借用于伦理学中关于初确义务和终局义务的讨论, see John Simmons, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press, 1981, pp. 24-28.

[20] 参见田宏杰:《刑民交叉问题的实体法立场与分析方法》,《政治与法律》2021年第12期,第50页。

[21] 参见简爱:《从“分野”到“融合”——刑事违法判断的相对独立性》,《中外法学》2019年第2期,第446页。

这就需要穷尽法秩序内的一切规范,对整个法体系给出一个尽可能融贯的解释,如此才能判断行为的一般违法性。这就使得每个法官都必须像德沃金笔下的“赫拉克勒斯法官”一样,先解释整个法体系,再做出具体判断。这无疑为法官施加了过高的判断负担,现实中的司法裁判不可能采用这种步骤。上述批评又会产生一个进一步的批评:一般违法性概念无法被整合进既有的侵权或犯罪构成要件判断框架之中,甚至会破坏或者抽空既有的构成要件判断框架。

本文认为上述批评是失败的。第一,即使上述批评成立,也仅仅能够针对一般违法性前置论,后文将要主张的一般违法性后置论则免于这种批评。这是因为一般违法性后置论并不主张将部门法违法性拆分为一般违法性和部门法可回应性,故而也不要求在判断部门法违法性前先对整个法秩序进行解释。第二,即使是一般违法性前置论也可以回应上述批评。例如德沃金本人虽然主张任何法律判断本质上都依赖于对整体法秩序的解释,但这并不意味着在每个案件中法官都要穷尽一切法律渊源。教义学上的通说和司法实践中的惯例等已经为整体法秩序的要求提供了指引,不需要法官总是诉诸整体法秩序判断,只有当案件出现根本性理论争议时,才需要上升辩护梯度,将更多的法律渊源纳入视野进行考察,进而得出整体法秩序的立场。也就是说,法律判断的本质与其司法实践中的应用是两个不同层面的问题,支持一般违法性前置论并不总是会为法官带来过高的判断负担。^[22] 至于一般违法性如何被纳入教义学框架,后文将进一步展开讨论。综上,一般违法性概念能够对司法判断产生实践差异,且这种影响不一定是负面的,冗余论者的第二个理由失败了。

三 一般违法性前置论之反驳

上文反驳了一般违法性冗余论,将一般违法性概念的必要性奠基于“判断的统一性”之上。既然法只能用一个声音说话,那么整体法秩序的判断就必然是单一的,存在一般违法性。但是,接受必要性命题并不意味着必须同时要接受缓和的违法一元论者所持有的前置命题和分离命题。前置命题是指,一般违法性在逻辑上优先于部门法违法性,且所有部门法违法性判断都前置了一般违法性判断。分离命题是指,一般违法性与个别部门法可回应性相互分离,也即“整体法秩序对某行为的评价态度”与“该行为是否值得法律以特定方式介入”是两个相对独立的环节。本部分将分别反驳前置命题和分离命题,从而反驳一般违法性前置论。

(一) 反驳前置命题

前文的讨论一直有意避开了对部门法违法性与一般违法性关系的直接讨论。二者的关系似乎存在一个循环死结:要判断一个行为是否具有部门法违法性,必须对整体法秩序的评价做出判断;但整体法秩序并不是空泛的,而是由部门法组成的,因此要了解整体法秩序的评价,又必须知道各个部门法对于该行为的态度。那么整体法秩序评价和部门法

[22] 参见[美]罗纳德·德沃金著:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第197-200页。

评价究竟谁先谁后,实践中如何操作?

前置命题为上述问题给出了一个明确的回答:一般违法性逻辑上优先于部门法违法性,要判断后者,必须先判断前者。可是如何能够在不依赖于部门法违法性判断的前提下判断一般违法性?本文认为田宏杰教授提供了一个值得考察的完整理论方案。田宏杰教授认为,理解整体法秩序的基本框架不是部门法,而是“调整性规则”和“保护性规则”,这些规则本身逻辑上优先于任何部门法,部门法不过是一些特定的调整性规则和保护性规则结合后的产物。“承担第一次法律调整之责的法律规则称为调整性规则,以权利义务の設定为核心。”^[23]“民法、商法、经济法、行政法等非刑事部门法中除法律责任条款之外的法律规则,均属于调整性规则。”^[24]而保护性规则实际上就是责任规则,规定责任生效条件和责任生效后果。保护性规则中还可以进一步区分第一保护性规则和第二保护性规则,前者是指民法、行政法上的非刑事保护性规则,后者是指刑事保护性规则。

调整性规则和保护性规则的区分勾勒了法秩序的二元框架。根据这种二元框架,各个部门法都可以被打散重新组合为调整法和保护法两个部门。保护性规则预设了调整性规则,而调整性规则源自法益保护的要求,这里的法益并非指实在法所规定的利益,而是“前实证法的、先于法律规范而独立存在的经验事实”^[25]用更加哲学化的表述,这里所说的法益本质上就是为整个共同体所认同、共享的一系列公共价值,例如生命、自由、财产等等,正是基于对这些公共价值的理解和确认而产生了调整性规则。“公共价值—调整性规则—保护性规则”构成逻辑上的递进关系。

之所以说上述看法支持了前置命题,是因为调整性规则阶段的判断本质上就是一般违法性判断,而行为的一般违法性又取决于对公共价值的理解和权衡。例如未经所有权人同意使用他人财产的行为是否具有民事违法性,一方面取决于如何理解财产价值,另一方面取决于财产价值与其他公共价值的权衡。如果该使用行为构成紧急避险,根据《民法典》第 182 条,在一些情形下避险人的行为不具有民事违法性。总之,可以将调整法背后的公共价值视作一个算法程序,将一个行为输入,总是能够得出该行为是否具有一般违法性的结果。

“公共价值—调整性规则—保护性规则”的逻辑关系预设了两个主张。第一,一般性的公共价值在逻辑上优先于具体的部门法实践,部门法实践是价值具化的产物,例如,不是先有财产法律关系和实践才有财产价值,而是根据一般性的财产价值规定了具体的民事财产权规则,进而才有相应的法律实践。第二,并不存在专属于某个部门法的价值,个别部门法的特殊性仅仅在于调整手段。如果一个具有一般违法性的行为不具有某个部门法的违法性,这不是因为该行为自身与该部门法无关,而仅仅是因为该部门法的保护手段不适合于特定的情形。例如我国《刑法》第 301 条规定了聚众淫乱罪,但《民法典》中并无与聚众淫乱相关的规定。根据二元框架的看法,这并不是因为聚众淫

[23] 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 52 页。

[24] 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 52 页。

[25] 田宏杰:《刑法法益:现代刑法的正当根基和规制边界》,《法商研究》2020 年第 6 期,第 78 页。

乱等违反性道德的行为在本质上与民法无关,而仅仅是因为民事保护手段并不适宜调整这类单纯违反性道德的行为。需要指出的是,上述两个主张并非田宏杰教授本人的论述,但本文认为对其立场的最佳诠释蕴含了这两个主张。接下来本文将反驳这两个主张,进而反驳前置命题。

第一,公共价值与部门法实践的关系。如果对抽象公共价值的理解本身依赖于具体的部门法实践,那么一般违法性在逻辑上就不可能优先于部门法违法性。因此,这里问题的关键是公共价值与部门法实践之间的关系。许多学者认为,部门法实践是一般性公共价值的具体化,因此公共价值逻辑上先于部门法实践。^[26]但本文认为这种观点是错误的,公共价值只有依赖于具体部门法实践才能被理解。本文将借助德沃金的价值实践论来说明公共价值对于部门法实践的依赖性。^[27]

德沃金区分了自然性概念、标准性概念和解释性概念。^[28]水、氧气、老虎等等是自然性概念,其内涵和外延都不取决于人为设计。单身汉、无行为能力人等等是标准性概念,取决于法律或其他被人们所共同接受的标准。而自由、平等、财产等价值概念则属于解释性概念,这些概念的内涵取决于人们对相关概念的实践所做出的最佳解释。他以礼仪为例来说明什么是解释性概念。人们并非是先确定了什么是礼仪的抽象看法,然后再考察如何将礼仪的要求具体化。相反,是先有了礼仪性的实践,例如脱帽致敬,然后人们尝试为这些实践赋予一个价值目的从而解释实践,在这个过程中实践与价值相互交织。^[29]也就是说,价值的内涵本身一定程度上取决于是否能解释人们的既有实践。如果一种对礼仪的解释认为无视他人是符合礼仪的,那么这显然不构成对礼仪的适当解释。

与法律相关的诸多带有价值负荷的概念也是如此,可以“胁迫”为例说明。胁迫概念在民法和刑法上都有重要意义,分别影响法律行为的可撤销和敲诈勒索罪的成立。一种看法认为,只有先理解一般意义上的自由与胁迫,才能进一步理解民法和刑法上的相关规定。这一看法的错误之处在于,人们不可能脱离具体的生活实践去探究抽象价值的内涵,因为价值是解释性概念,对解释性概念的理解首先要能够契合该价值所产生的具体实践。故而我们不应去抽象地讨论自由和胁迫,假设民法和刑法都是对同一类价值的回应,而应聚焦具体的社会实践语境,考察民事胁迫规则和刑事敲诈勒索规则背后各自的价值目标。对民事胁迫和刑事敲诈勒索的理解需要以各自的实践脉络为依据,不能假定二者是对同一抽象价值的不同具体化保护方案。当然,这也不是说解释之后二者一定就不可能重合,而是说具体的部门法实践才是解释的起点,德沃金将之称作部门法解释的“本领域优先性”。^[30]

综上,根据价值的实践论,由于对特定价值的理解需要以该价值附着的具体社会实

[26] 参见张翔:《宪法与部门法的三重关系》,《中国法律评论》2019年第1期,第28页。

[27] See Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2013, pp. 166-170.

[28] See Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2013, pp. 158-163.

[29] 参见[美]罗纳德·德沃金著:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第37-39页。

[30] 参见[美]罗纳德·德沃金著:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第197页。

践为根据,抽象价值在逻辑上依赖于具体的部门法实践,所以对公共价值的理解不可能先于对部门法具体要求的理解,一般违法性判断也不可能先于部门法违法性判断做出。

第二,部门法的管辖领域。反驳前置命题的第二个理由是,前置命题忽视了一个基本事实:每个部门法有自身的内在目的,因此有自己特定的管辖领域,一些行为从一开始就与特定部门法无关,此时判断一般违法性是多此一举。“每个部门法有自己特定的管辖领域”实际上是一个具有常识性的看法,也是违法相对论者时常诉诸的观点,^[31]例如民法只调整平等主体之间的人身和财产关系,刑法只惩罚整个共同体所反对的严重的公共不法行为。但这一常识性看法在 19 世纪以来已经受到挑战,批判法学和积极国家观从正反两方面发起了冲击。批判法学试图揭示传统民法教义背后的意识形态,指出看似中立客观的法学范畴背后充满了各种各样的政治利益考量。积极国家观则主动倡导运用各种部门法手段更加积极地促进公民福祉。民事领域的惩罚性赔偿和刑事领域的法定犯扩张似乎都表明了部门法之间的界限逐渐模糊,不同部门法只是国家实现公民福祉保护的不同手段,并不存在某个部门法所管辖的专属领域。

上述看法的错误之处在于忽视了下述事实:“部门法有其内在或固有目的”和“国家可以通过部门法实现公民福祉保护的外在目的”是相兼容的。而且,部门法的内在目的为国家外在目的的实现施加了限制,前者是后者的必要条件。只有在满足部门法内在目的的前提下,国家才可以通过部门法手段来实现其外在政治目的,否则国家权力的行使将是不正义的。这是因为,不论是民事救济、行政处罚还是刑事惩罚,都是为公民施加了一定程度的不利负担,而证成这种不利负担的前提是特定公民有承担此项负担的道德义务。这就意味着只有当其他公民或国家有要求他人承担不利负担的道德权利时,不利负担的施加才是正当的。^[32]民事领域的恢复性道德权利和刑事领域的惩罚性道德权利分别对应了矫正正义和报应正义的价值,^[33]这两个价值将限制不同部门法各自的管辖领域。通过实现矫正正义和报应正义,国家可以进一步实现各类外在的积极保护目的,但这些外在目的不能冲垮部门法内在价值所限定的约束条件。例如,我国民法和刑法对于过失损坏他人财产行为的不同态度明显体现了不同部门法管辖领域的不同。我国《刑法》第 275 条规定了故意毁坏财物罪,但过失毁坏他人财物仅承担民事责任,没有相应的刑法规制。这不是因为通过刑罚制裁来规制过失毁坏他人财物行为无法有效实现保护目的,而是因为道德上的赔偿请求权和道德上的惩罚权有不同的产生条件。刑法所关注的不仅仅是行为的法益侵害性,还关注行为所具有的沟通性意义。只有当一个法益侵害行为具有否定该法益的沟通性意义时,才应当通过刑罚来对该行为进行再否定。过失行为在许多情形

[31] 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 50-51 页;郭研:《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》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2020 年第 5 期,第 76-87 页。

[32] 对道德权利的基础性研究参见郑玉双:《人格尊严的规范塑造:论人权的法理证成》,《中国法律评论》2022 年第 5 期,第 94-104 页;张峰铭:《论权利作为要求——超越利益论与选择论之争》,《法制与社会发展》2021 年第 2 期,第 37-53 页。

[33] 对报应正义理念的分析参见张峰铭:《论认罪罚从宽的报应刑根据——化解从宽与罪责刑相适应原则的张力》,《法制与社会发展》2022 年第 1 期,第 194-211 页。

中并不具有相应的沟通性意义,因此从一开始就不应被视作刑法规制的对象。^[34]

反对者可能指出,在当代法律实践中,“部门法”似乎已经不足以对不同法律进行区别分类,例如《个人信息保护法》就难以被划定为任何特定的部门法。《个人信息保护法》这类新领域立法的特点在于,同时涉及了诸多不同类型的社会关系,且包含了多种调整手段,难以被归入任何特定法律部门。^[35] 这一批评的错误在于,一部法律文本完全可以包含属于不同法律部门的规范,这并不必然对部门法划分构成挑战。部门法划分的根本依据在于,不同法律领域有自身的内在道德原理,这些内在道德原理本质上反映了不同类型的正义要求,只有在满足特定类型正义要求的基础上才能够让人们承担相应的法律责任。当然,这一回应仍然是初步的,要彻底捍卫传统的部门法划分须另文展开。

综上,由于对公共价值内涵与要求的理解本身依赖于特定部门法领域的实践,而且不同部门法有各自的内在价值,这些价值划定了部门法所能管辖的领域,因此一般违法性的判断不可能先于部门法违法性判断做出,前置命题是错误的。

(二) 反驳分离命题

分离命题是指,一般违法性与个别部门法可回应性相互分离,也即“整体法秩序对某行为的评价”与“该行为是否值得法律以特定方式介入”是两个相对独立的环节。支持这一命题的核心理由有二:第一,法律义务是否存在与对义务违反行为如何回应是不同的问题;第二,法规范的行为指引面向和裁判依据面向是可分离的。本节将反驳这两个理由。

1. 法律义务与强制力回应的关系

本文认为,“义务的存在与内容”无法独立于“法律如何回应”得到回答。有学者认为,违法性是法律回应的前提和理由,因此违法性在逻辑上必定独立于法律回应,而不是反过来考虑。^[36] 但同时当前刑法学界还存在一种“以刑制罪”的观点,即通过考察一个行为是否可罚来反推违法性。本文认为“以刑制罪”的看法能够得到法理学上的支持。这是因为义务的概念本身就与特定的回应性态度有密不可分的关联。著名道德哲学家彼得·施特劳森(Peter Strawson)指出,人类的道德实践预设了特定的回应性态度。判断一个行为是不是违反道德义务,就是看对于该行为是否适合产生一种独特的怨恨态度。^[37] 斯蒂芬·达沃尔(Stephen Darwall)进一步明确提出,说一个行为构成道德错误(moral wrongs),等同于说其他道德主体对此产生一种义愤或怨恨的反应性态度是妥当的。^[38] 在这里,不存在独立于特定回应方式之外的依据来确定道德义务的存在与内容,相反道德义务本身由特定的回应方式来确定。哈特也指出,义务的观念蕴含了下述事实:违反义务将会激发强烈的社会压力。如果社会压力更多通过羞耻心、良心责备和罪恶感来产生激

[34] 对行为沟通性意义的强调是当代德日和英美刑法基础理论共同的趋势, see Günther Jakobs, *Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity*, 7 *Buffalo Criminal Law Review* 491, 496 (2004); R. A. Duff, *Answering for Crime*, Hart Publishing, 2007, pp. 149-153.

[35] 相关讨论参见雷磊:《新科技时代的法学基本范畴:挑战与回应》,《中国法学》2023年第1期,第70-71页。

[36] 参见王昭武:《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182页。

[37] See Peter Strawson, *Resentment and Freedom and Other Essays*, Routledge, 2008, pp. 4-7.

[38] See Stephen Darwall, *Morality, Authority and Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 52-72.

发,则属于道德义务;而如果压力主要由身体强制或制裁产生,则属于法律义务。^[39] 哈特这里的观点不能理解为奥斯丁式的“命令—制裁”理论,也不能理解为霍姆斯式的预测理论,而是说一个法律义务存在的必要不充分条件是,对相应的义务违反行为施加特定类型的强制性回应是妥当的。不仅如此,法律回应的具体妥当方式还直接规定了义务的内容。例如上文提过的,刑罚的内在价值是报应正义,因此刑事违法性也就被刑罚报应这一种特殊的回应方式所规定。因此,脱离法律回应去确定法律义务是不可能的。

据此可以考察所谓“单纯义务”在法律上是否成立。分离命题将蕴含一种虽然被整体法秩序所反对,但不值得用任何部门法手段予以回应的“单纯义务违反行为”。这里的“不值得”是指原则上就不具有可强制回应性,而不是指虽然原则上具有可强制性,但基于其他的实用性考量而放弃强制性回应。从我国立法上看,《老年人权益保障法》第 18 条似乎就规定了一种“单纯义务”：“与老年人分开居住的家庭成员,应当经常看望或者问候老年人。”这一条被媒体称为“常回家看看”条款,2013 年修改立法时曾引起热议。显然,“常回家看看义务”在性质上就不具有可强制性,因为该义务对行为人的孝道动机有要求,强迫回家无法实现义务背后的孝道价值;同时,常理认为是否回家看望老人仍然属于私人事务,虽然可以被道德评价,但原则上不应由法律来回应。本文进一步认为,“常回家看看”这类“单纯义务”,不仅不应当被法律所规定,而且事实上就不是法律义务。这是因为法律义务与强制性回应方式在概念上不可分离。一方面说“法律禁止某个行为”,另一方面又说“该行为原则上不应由法律强制力介入”,这两者是自我矛盾的。这就如同某人说“我认为你这么做是错的”,同时又说“我认为对你的行为表现出反感是不合适的”,这两个论断之间存在自我矛盾。

对于上述观点可能存在一种反对意见:否定“常回家看看”条款的法律义务属性似乎预设了一种不合理的法律效力判断立场——法律条文的效力取决于该条文是否关联强制力要素。但是,本文不需要在法律效力判断问题上预设上述立场,因为本文并不否认“常回家看看”条款本身是一项有效的法律规范,仅仅否认该规范施加了一项法律义务。对于“常回家看看”条款可以有两种理解:一是该条款设定了一项法律义务;二是该条款是一项倡导性规范,提示既有道德义务的存在并倡导人们遵从之。哪种理解更好,取决于如何理解法律义务概念最能凸显法律义务的实践差异性。如果剥离法律义务与特定强制力回应方式的内在关联,那么强制性规范与倡导性规范将没有实践差异,这将削弱法律义务概念的价值。因此,将法律义务与特定强制力回应方式相关联的观点更能凸显法律义务概念的实践差异性,且并没有预设不合理的效力判断立场。

另一种可能的反对意见认为,施特劳森、达沃尔、哈特等人关于义务的讨论主要是针对道德义务和社会义务而非法律义务,在此给出两点回应。第一,施特劳森、达沃尔、哈特等人关于义务与社会回应的讨论不应被视作仅仅针对道德义务的讨论,而因被视作针对一般性的义务概念的讨论,其讨论结果对法律义务具有启示意义。这是因为道德义务是使用义务概念最典型的情境,对道德义务概念的反思能够在义务概念的一般层面给出

[39] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2018 年版,第 143 页。

启发。这并非否认道德义务与法律义务各自具有特殊性,但“义务存在与特定回应方式不可分离”本身并非一个专门针对道德义务的特殊主张,而是关于义务概念的一般性看法,如果要否认这一主张适用于法律义务,应当由否定者承担举证责任给出相应理由。第二,许多学者认为,法律自我主张具有施加道德义务的道德权威,因此从法律权威的内在观点看,法律义务本身就是道德义务。因此如果道德义务与特定回应方式不可分离,那么法律义务同样如此。这并不是说法律义务必定是真正的道德义务,而是说在法律权威的自我理解之中,法律义务就是道德义务,二者共享同样的基本属性。

总之,义务与特定的回应性态度之间存在概念上的必然联系,同时法律义务则与国家强制性回应存在概念上的必然联系。这并不是说任何违法行为总是在事实上会遭受强制力回应,而是说对于违法行为施加强制力回应总是妥当的。不具有可回应性的“单纯义务”在法律上并不存在。

2. 行为指引与裁判依据的分离

支持分离命题的另一个可能根据是,将一般违法性与个别部门法可回应性相分离能够兼顾法律的行为指引和裁判依据功能,避免违法性判断行为指引功能和司法裁判功能之间产生张力。

丹—科恩(Meir Dan-Cohen)指出,许多法律规范同时具备行为规范和裁判规范的属性,^[40]这在刑法学中被称为规范的二重性。^[41]法律规范的行为指引属性所要实现的目标是清晰稳定的行为指引。而裁判属性所要实现的目标是对各方利益的公正分配以及对违法行为的公正制裁。但行为指引和公正制裁这两个目标之间往往存在张力。例如紧急避险等正当化理由的存在对于裁判正义性而言是必要的,但这在一定程度上会削弱刑法规范的指引功能。将部门法违法性分解为“一般违法性+个别部门法可回应性”实际上就是试图将部门法违法性判断的二重性分离,从而兼顾法律的有效行为指引和公正裁判。分离命题支持者认为,一般违法性概念的意义在于告诫国民许多行为虽然不会遭受任何强制性的法律回应,但仍然为法秩序所不容,从而为国民提供行动指引。如果不对部门法违法性中的行为指引要素和裁判要素相区分,反倒可能向国民发出错误信息,使得国民误以为不具有某个部门法违法性即是为法秩序所许可。分离命题支持者往往以我国《刑法》第13条但书条款“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”为例佐证自己的看法,指出该条款的意义不仅仅在于出罪,更在于表明基于该条款出罪的行为仍然为整体法秩序所不容,从而起到行为指引作用。^[42]

本文认为上述论证是失败的。如何分离规范的二重性是一个法律技术问题,可以通过多种手段解决,^[43]不必然推出一般违法性的存在。第一,梅尔·丹—科恩主张可以通过

[40] See Meir Dan-Cohen, *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality*, Princeton University Press, 2002, pp. 38-44.

[41] 参见茹士春:《刑法规范二重性要论——行为规范与裁判规范的范围异同、内容离合与反馈互动》,载陈兴良主编《刑事法评论:刑法规范的二重性论》,北京大学出版社2017年版,第1-23页。

[42] 参见王昭武:《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187页。

[43] 丹—科恩主张通过“选择性传递信息”来避免指引功能与裁判功能的冲突。See Meir Dan-Cohen, *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality*, Princeton University Press, 2002, pp. 44-45.

“选择性传递信息”来避免规范指引功能与裁判功能的冲突,例如将正当化理由规定得较为模糊,乃至不予明文规定。^[44] 这样就不需要通过前置性的一般违法性概念来分离规范的指引功能和裁判功能。第二,从实践角度看,所谓“被整体法秩序反对”但不应由任何部门法回应的行为其实内容往往与社会道德重合,此时根本不需要法律提供指引,社会道德已经提供了相应的指引性规范。例如“常回家看看”本来就是中华传统美德的要求,额外的法律指引并不会产生实践差异。第三,从概念上看,“被整体法秩序反对”与“不应由任何部门法回应”之间是相互冲突的。如果一个行为不被任何部门法所规制,在何种意义上可以说该行为被整体法秩序所反对?有论者试图将这里的“整体法秩序”解释为包括合理社会道德的“生活秩序”,^[45]但这仅仅是人为扩展了法秩序的内涵,而且混淆了不同类型秩序的内容,无助于问题的澄清和解决。简言之,法律上的“单纯义务”既在概念上是不可能的,又对于行为指引没有任何额外的实践意义,因为这类义务已经被社会道德所覆盖。

四 一般违法性后置论之提倡

在之前两个部分里,本文首先通过反驳冗余命题而拒斥了一般违法性冗余论,接着通过反驳前置命题和分离命题反驳了一般违法性前置论。接下来的任务是提供一个理论融贯且实践可行的替代方案。本文将同时支持必要性命题、后置命题和必然关联命题,并将这三个命题组合而成的立场成为一般违法性后置论。本部分将首先阐释一般违法性后置论的内涵和法理论意义,接着给出一般违法性后置论的教义化方案。

(一) 一般违法性后置论的法理论意义

一般违法性后置论的基本观点是:法官在司法实践中所做出的部门法违法性判断代表了整体法秩序的终局违法性判断,这不是因为一般违法性逻辑上优先于部门法违法性,而是因为除了考虑部门法固有的违法性之外,部门法违法性判断还需要考虑法秩序内部存在的全部行为正当化理由。因此,部门法违法性判断实际上包含了两个阶层:一是部门法固有的违法性判断,即根据部门法的内在价值所做出的否定性判断;二是部门法之外但处于整体法秩序内部的全部正当化理由。只有当一个行为具备某一部部门法固有的违法性,且不能被任何整体法秩序内部的正当化理由所正当化时,才能说某行为具备部门法违法性。根据这种步骤做出的部门法违法性判断,就是整体法秩序所做出的一般违法性判断。

部门法违法性判断的终局性可以与部门法合法性判断的初确性相对比。所谓部门法合法性判断的初确性,是指某行为被特定部门法判断为合法,并不意味着整体法秩序一定认为该行为合法,只能作为整体法秩序判断的理由之一。在实践中,如果一个行为被任意

[44] See Meir Dan-Cohen, *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality*, Princeton University Press, 2002, pp. 44-45.

[45] 参见车浩:《情人勒索“分手费”,刑法管不管?》,微信公众号“中国法律评论”,2021年12月31日, <https://mp.weixin.qq.com/s/ma08yWMtRmbzFGdS9RW70A>,最近访问时间[2023-02-28]。

部门法判定违法,那么人们就可以说该行为在一般意义上违法,而不仅仅是违反特定部门法。但特定部门法所做出的合法性判断则不能代表一般合法性判断,民事合法行为可能同时具有行政违法性(例如没有对他人产生损害的无证经营),刑事合法行为更是常常可能具有民事或行政违法性。这背后的原因是,部门法违法性判断需要考虑整体法秩序内部的全体正当化理由,但部门法合法性判断却不需要考虑整体法秩序内部的全体禁止理由。也就是说,正当化理由可以在各部门法之间自由流通,但禁止理由则保持相对隔离状态。当然,立法者可以通过制度设计来实现禁止理由的适度流通,其中典型的如《民法典》第8条规定,民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗;又如《民法典》第153条规定,违反法律、行政法规的强制性规定以及违背公序良俗的法律行为无效。但这并不是说一切法律强制性规定都可以成为民法上的禁止理由,民法学界关于“管理性”和“效力性”强制性规定的区分和对公序良俗的限缩解释都体现了这一点。^[46]

许多部门法学者都接受正当化理由的可流通性和禁止理由的限制流通,但对于背后的理由更多是从是否符合法治要求的层面讨论。本文可以提供一个补充性视角。禁止理由的限制流通与本文所支持的必然关联命题高度相关。特定类型的禁止理由内在关联了特定的回应方式,因此不同回应方式所针对的禁止理由必然也有所不同,一个领域的禁止理由未必是其他领域的禁止理由。例如民事救济的首要目的是矫正正义,即矫正因先前特定事实(如侵权行为)所导致的平等主体之间利益和负担的不公平状态,那么当这种不公平状态不存在时,相关事实就与民事救济无关,也就不存在民事违法性。所以未经法律授权持有管制刀具的行为具有行政违法性,但不具有民事违法性,因为持有本身并没有导致平等主体之间利益与负担的不公平状态。当然,以管制刀具为标的的买卖行为可能无效,但这是因为管制刀具不受物权法保护,与持有管制刀具本身的违法性是两个问题。与禁止理由相反,正当化理由并不关联特定的回应方式,而是与“不干涉”相关联,因此可以实现整体法秩序内的流通。例如受害者同意是一个同时适用于民事侵权和刑事犯罪的正当化理由,因为这体现了对于公民个人自治的尊重。当然,这并不是说受害者同意在任何情形下都能将侵害行为正当化,例如受害者同意不能阻却故意杀人的违法性。但这不是因为该正当化理由不适用此情形,而是因为存在其他分量更重的禁止理由(如保护人的生命),权衡之后压倒个人自治的重要性。

现在可以初步总结一般违法性的法理论意义。一般违法性概念的直接功能是保证整体法秩序关于违法性的统一判断,任意部门法做出的违法性判断本质上都是一般违法性判断。也就是说,即使只有一个部门法判断违法而其他部门法判断合法,该行为仍然具有一般违法性。但这并不是因为部门法违法性前置了一般违法性,而是因为部门法违法性判断的做出,除了考虑部门法固有违法性之外,还考虑了整体法秩序内部的一切正当化理由。既然已经考虑了一切正当化理由仍然做出违法性判断,这就意味着对于该行为的禁止理由无法被任何法秩序内部的正当化理由所击败,该行为当然具备一般违法性。简言

[46] 参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,《法学家》2016年第3期,第153-174页;于飞:《基本原则与概括条款的区分:我国诚实信用与公序良俗的解释论构造》,《中国法学》2021年第4期,第25-43页。

之,一般违法性并非部门法违法性的上位或前置概念,而是对已经具有部门法固有违法性的行为所做出的第二次评价,考察其是否能够被法秩序内部的其他正当化理由所正当化,后置于部门法固有违法性判断,因此才被称作一般违法性后置论。前置论与后置论的对比如下:

根据一般违法性前置论,部门法违法性=一般违法性+个别部门法可回应性。

根据一般违法性后置论,部门法违法性=部门法固有违法性+无法被整体法秩序正当化。

从司法裁判的角度看,接受一般违法性前置论意味着部门法违法性判断要同时考虑整体法秩序内部的全部禁止理由和全部正当化理由,这些事由都通过一般违法性的概念而流通于所有部门法的司法裁判之中。而一般违法性后置论一方面通过前置的部门法固有违法性概念限制了禁止理由的流通,另一方面通过后置的一般违法性概念许可了正当化理由的自由流通。也就是说,部门法违法性判断只应考虑与部门法固有违法性相关的禁止理由,^[47]但同时应考虑整体法秩序内部的全体正当化理由。

综上,一般违法性后置论支持一种约束性的一般违法性观念。根据这种约束性观念,一般违法性的法理论意义不在于在部门法判断中引入全体禁止理由和正当化理由,而仅仅在于单方面进入全体正当化理由。之所以部门法违法性判断能够代表一般违法性判断,不是因为考虑了全部禁止理由,而是因为考虑了全部正当化理由。这也明确了法官的责任:由于部门法违法性判断同时是一般违法性判断,因此法官必须考虑法秩序内部的全部正当化理由,否则其违法性判断是有缺陷的。

反对者可能质疑称,一般违法性后置论其实是一种伪装的冗余论,因为一般违法性与部门法违法性应当是一般与特殊的关系,而一般违法性后置论否认这一点。本文认为,主张“一般违法性与部门法违法性是一般与特殊的关系”,或者主张“部门法违法性是一般违法性的具体化”,这正是一般违法性前置论的观点。本文试图否定这一观点,倒转一般违法性与部门法违法性的关系,主张部门法违法性在逻辑上优先于一般违法性。一般违法性的“一般”并不是指各部门法违法性所共享的一般内容,而是指裁判者在判断部门法固有违法性之后,还要考虑整体法秩序内存在的各种正当化事由,从而得出一个终局的、一般性的结论。

(二)一般违法性后置论的教义化路径

在阐述了一般违法性后置论的法理论意义后,下文将论述一般违法性后置论的教义化路径。一般违法性前置论往往被诟病为不具有可操作性,因为其提供的一般违法性观念过于模糊。看上去一般违法性后置论也面临类似的挑战:部门法固有的违法性如何判断,包含哪些内在于部门法的禁止理由和正当化理由,而所谓整体法秩序内部的正当化理由又有哪些,似乎并不清晰。下文将揭示部门法违法性判断所包含的理由类型,以及如何

[47] See R. A. Duff, *Answering for Crime*, Hart Publishing, 2007, pp. 149-153.

在法教义学的违法性判断中引入上述考量因素。

本文认为,部门法违法性判断实际上有三重属性:部门法的内在道德属性,部门法作为国家实现自身目的的工具所具有的政治属性,以及保障规则之治的法治属性。也就是说,部门法违法性判断包含了道德、政治与法治三个面向。部门法的内在道德属性就是部门法的固有违法性,也即前文论述过的基于部门法的内在价值所做出的判断。所谓“内在道德”借用了富勒的概念,^[48]强调这里的道德不是指外在于部门法的价值要求(如实现公民福祉),而是源自部门法内在价值目的的要求(如矫正正义、报应正义)。而政治属性是指国家建立和维护部门法所要实现的外在目的,也即保障全体公民的福祉。例如刑法的内在道德是报应正义,但国家建立刑事司法制度的政治目的是通过贯彻报应正义来进一步预防犯罪、保护法益,而不仅仅是实现报应本身。道德属性和政治属性都不可偏废,因为只有满足报应正义的要求,刑罚才能对受罚罪犯证成,而只有满足保护法益的政治要求,建立和维护刑事司法制度才能对全体公民证成。^[49]最后,无论是部门法的道德目的还是政治目的,都要依靠实在法秩序实现,而法秩序背后的法治价值要求法秩序为公民提供清晰、稳定、可靠的规则指引,这又为部门法违法性判断施加了额外的约束。如果公民有合理理由相信实在法秩序已经对某个行为做出了一般性许可,那么即使该行为违背了某部门法的内在道德要求和国家政治目的,仍然应当排除其违法性。

简言之,一个行为具有部门法违法性,当且仅当(1)该行为违背部部门法内在道德,且(2)禁止该行为有助于实现国家政治目的,以及(3)禁止该行为不违背法治要求。其中条件(1)部门法内在道德既包含了禁止理由,也包含了正当化理由,而条件(2)和(3)仅仅提供正当化理由。

以刑事违法性为例,刑法的内在道德是报应正义,报应正义所关联的禁止理由是法益侵害。也就是说,只有当一个行为产生法益侵害时,该行为才会落入报应正义所关注的视野。报应正义同时还关联了一个重要的正当化理由:如果一个行为在道德上是被许可的,那么就不属于报应的目标。或者反过来说,只有当一个行为构成道德错误(Moral Wrongs)时,该行为才具有可报应性。^[50]而刑法所关联的政治目的就是法益保护,也即只有当禁止和惩罚某行为有助于法益保护时,该行为才可能具备刑事违法性。法益侵害与法益保护是两个独立的理由,前者是报应正义所蕴涵的禁止理由,后者则是国家政治目的所蕴涵的正当化理由。禁止和惩罚法益侵害行为未必总是能有助于法益保护,而实现特定法益的保护也可以通过禁止和惩罚不具有法益侵犯性的行为实现。在满足了道德和政治的要求之外,刑事违法性判断还需要满足法治要求,其中最重要的就是罪刑法定。也就是说,只有满足法定构成要件的行为才可能具有刑事违法性,如果不满足罪刑法定的条

[48] 参见[美]富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第77-83页。

[49] 这里借鉴了哈特和胡萨克的观点。See H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 2008, pp. 8-13; Douglas Husak, *Overcriminalization*, Oxford University Press, 2008, p. 121.

[50] See John Gardner, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 91-120; 张峰铭:《犯罪本质的工具主义诠释——兼论犯罪化的道德边界》,《中国法律评论》2021年第6期,第138-152页。

件,即使符合上述道德和政治的要求,亦不具有刑事违法性。此外,如果其他部门法已经对某行为给出了明确许可,那么这同样将成为刑事违法性判断需要考虑的正当化理由,但其正当化效力并不是绝对的,需要结合具体情形判断。作为正当化理由的法令行为就属于这一类型。也就是说,法治价值一方面要求限制禁止理由,另一方面要求正当化理由在部门法之间的自由流通,从而实现违法性判断的统一。

需要强调的是,上述“道德—政治—法治”三个方面与刑事不法判断中“构成要件符合性—违法性”的两阶层划分并不完全重合。构成要件符合性阶层既有代表了法治要求的罪刑法定,也有代表了刑法内在道德要求的法益侵害。这是因为罪刑法定是一种形式性的正当化理由,优先考虑有利于最大程度约束裁判者的恣意性。同时,刑法还可能通过空白罪状的方式将特定的行政法规设定为符合性阶层判断的必要条件。^[51]而源自道德和政治要求的正当化理由则集中于违法性阶层,属于刑法教义学中的“正当化事由”,例如正当防卫属于刑法的内在道德所蕴含的正当化理由,因为正当防卫属于个体道德防卫权的正当行使,^[52]本身就是正义的要求;紧急避险属于国家的政治目的所蕴含的正当化理由,因为紧急避险虽然不是个体道德防卫权的内在要求,但是实现了国家保护法益的政治目的。^[53]而所谓“超法规正当化事由”本质上并没有超越法秩序本身,一部分来自部门法内在道德的要求,例如被害人承诺,另一些则来自法秩序其他领域的正当化理由,例如法令行为、民事权利行使以及教育惩戒行为等等。在对具有部门法固有违法性的行为进行一般违法性判断时,需要同时考虑整体法秩序内部存在的一切与部门法内在道德、政治和法治相关的正当化理由,以保证违法性判断的做出能够代表整体法秩序的立场。

对于禁止理由的限制流通和正当化理由的自由流通,有必要进一步解释以回应一些可能的质疑。一种质疑是,禁止理由似乎也是可以流通的。例如买凶杀人合同理所应当是无效的,即使法律没有对此做出专门规定;而且“侵犯生命”似乎同时是民法上和刑法上的禁止理由。对于上面的质疑,本文认为要论证买凶杀人合同无效,并不需要以“买凶杀人违反刑法”为理由,因为买凶杀人合同的内容不仅违反刑法,本身也侵犯他人的民事权利,超越了意思自治的正当范围。同样,虽然杀人行为同时具备民事违法性和刑事违法性,但二者却并非基于同一理由。杀人行为具备民事违法性,理由是杀人行为侵犯了他人的生命权。而杀人行为具备刑事违法性,理由是杀人行为违反了公民之间和平共处的公民基本义务。这两个理由内容相同,但相互独立。有人可能质疑称,上面的主张过于复杂且没有必要,完全可以主张“侵犯他人生命权”同时构成民法和刑法上的禁止理由。但是,如果“侵犯他人生命权”同时构成民法和刑法上的禁止理由,就难以解释民事侵权责

[51] 参见刘艳红、周佑勇著:《行政刑法的一般理论》(第2版),北京大学出版社2020年版,第52-79页;邹玉祥:《行政犯概念的中国表达》,《法制与社会发展》2022年第3期,第206-224页。

[52] See Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, edited by Mary Gregor, Cambridge University Press, 1996, p. 23.

[53] 本文的解读与罗克辛的功能主义犯罪论体系具有相似性,但本文更侧重聚焦违法性阶层。参见[德]罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,载陈兴良主编《刑事法评论》(第26卷),北京大学出版社2010年版,第244-282页。

任与刑事责任的重要区别。民事侵权责任的问责主体是被侵权人,且被侵权人享有决定是否问责的任意处分权;而刑事责任的问责主体是代表国家的公诉人,且原则上公诉人没有决定是否起诉的任意处分权。如果故意杀人罪的可罚性根据在于侵犯被害人的生命权,那么被害人(如果没有死亡)及其家属为什么没有权利要求放弃追究罪犯的刑事责任?这难以自圆其说。相反,如果故意杀人罪的可罚性根据在于罪犯违反了其不得杀人的公民基本义务,就可以解释为什么问责主体是公诉人而不是被害人,以及为什么公诉人不能任意放弃追诉。因为公民基本义务的相对人不是被害人,而是国家,且国家自身有保障公民基本义务强制履行的义务。简言之,之所以要将刑法上的禁止理由与民法上的禁止理由区别开来,是因为如此才能解释刑事责任和民事责任在形态上的重要区别。

另一种质疑是,一些正当化理由也是限制流通的,例如前文提到的“罪刑法定”仅仅是刑法上的正当化理由。本文认为,正当化理由都是一般化的,不存在专属某个部门法的正当化理由,也正是因此正当化理由才能在法秩序内部自由流通。但是,同一个正当化理由在不同部门法中的具体要求可能不同,效力可能也有所差异。举例而言,“罪刑法定”本质上属于“法治”这一一般性的正当化事由,因为将未明文规定为犯罪的行为定罪处罚是反法治的。但是,法治的要求并非在其他部门法中也这样严格。法治在刑法中要求严格禁止类推,是因为刑罚很大程度上会破坏公民的完整生活,关乎公民的重大利益,需要特别保护公民对未来生活的正当预期,防止公权力滥用。而民事责任不像刑事责任这般严酷,因此法治价值允许基于类推和公序良俗等理由来判断行为的民事违法性。类似的,“被害人承诺”也是一个一般性的正当化理由,但这一理由的具体内涵和效力受到不同部门法内在道德影响,在民法和刑法中的效力乃至对刑法中不同罪名的效力都可能有所不同。“法益保护”也属于一个一般性的正当化理由“保护公民福祉”。如果某个行为本身极大促进了公民福祉的保护,那么即使存在其他禁止理由,该行为仍然可能被正当化。

最后以再次反思法秩序统一性的含义作为结束。根据本文的观点,法秩序统一性的根基既不是价值的统一(目的论统一),因为法秩序内部包含的价值本身就是多元的;也不是规范的统一(存在论统一),因为规范矛盾并不是逻辑矛盾,不一定会导致法秩序统一判断无法做出。法秩序的统一是法秩序内部正当化理由自由流通基础上的违法性判断统一。这不是说每个部门法都需要做出相同的违法性判断,而是说当任何部门法在试图做出违法性判断时,不仅要考虑部门法的固有违法性,还需要考虑整个法秩序内部的全部正当化理由。这些正当化理由的来源是多样的,包括部门法内在道德、国家政治目的以及法治要求。根据这种步骤所做出的违法性判断本身就是一般违法性判断。一般违法性概念的教义学意义正在于约束和限制违法性判断的做出,警示裁判者他们做出的违法性判断不仅仅代表部门法立场,而且代表整体法秩序的立场,因此必须穷尽法秩序内部的一切正当化理由。

[本文为作者主持的2022年度国家社会科学基金青年项目“民刑交叉视域下的法秩序统一性原理研究”(22CFX003)的研究成果。]

[**Abstract**] Many scholars believe that a legal order is a unified whole and cannot give conflicting evaluations for the same act. However, in judicial practice, instead of making general judgments on whether an act is legal or illegal, judges always make judgments at the level of a particular branch of law. In order to coordinate the illegality judgments in different branches of law, it's necessary to explore whether there is a so-called "general illegality" and what is the relationship between general illegality and illegality in a particular branch of law. Currently, there are three views on general illegality: redundancy theory (RT), antecedent theory (AT) and posterior theory (PT). Firstly, RT holds that the concept of general illegality is redundant in both legal theory and legal practice because it cannot be derived from the requirement of the unity of legal order, and it imposes an excessive burden on judges' work. RT is wrong because the unity of judgment, which is the only reasonable interpretation of the unity of legal order, necessarily implies general illegality, and judges can reduce the burden of judgment through general doctrines and conventions of judicial practice. Secondly, according to AT, the judgment of illegality in any branch of law can be decomposed into two parts: "general illegality" and "fitness to be responded to by a particular branch of law". The core idea of AT can be summarized as the antecedent proposition and the separation proposition. The former means that any judgment of illegality in a particular branch of law is preceded by a judgment of general illegality, whereas the latter means that the general illegality and the fitness to be responded to by particular areas of law are separated from each other, i.e., "the attitude of the legal order as a whole toward an act" and "whether the act is worthy of legal intervention in a particular way" are two relatively independent questions. The antecedent proposition is false because the understanding of public values depends on the practice in a particular branch of law, thus a judgment of general illegality cannot be made before a judgment of the illegality in a particular branch of law. The separation proposition is also false because there is a necessary conceptual connection between a legal obligation and the way in which a particular branch of law responds to it. Thirdly, PT holds that the judgment of general illegality is a secondary judgment after the judgment of inherent illegality in a particular branch of law, and its point is to introduce justification grounds from other branches of law. The function of the concept of general illegality is to remind judges that the illegality judgment they make represents not only the position in a particular branch of law, but also the position in the legal order as a whole, and therefore all justifications within the legal order must be considered. According to PT, justification grounds can circulate freely among different branches of law, but prohibition grounds remain isolated. The sources of justification grounds are diverse, including the inner morality of a particular branch of law, the political purposes of the state, and the requirements of the rule of law.

(责任编辑:田 夫)