

# 刑民交叉研究：理论范式与实践路径

田宏杰\*

## 目次

- |                       |                     |
|-----------------------|---------------------|
| 一、内涵厘定：程序交错还是实体交叉     | 四、司法适用：尊重刑法又超越刑法的解释 |
| 二、范式探究：规范冲突还是目的冲突     | 进路                  |
| 三、教义发掘：前置法定性与刑事法定量相统一 | 五、结语                |

**摘要** 刑民交叉案件是刑事案件与民事案件共存于一案的案件，以解决同一行为人的刑事责任和民事责任为依归。因而刑民交叉案件的办理，既要以同一法律事实为前提，又应以同一法律关系为必要。规范冲突范式和目的冲突范式从抽象的法秩序统一层面提出的“排除冲突”标准，有失空泛、笼统，既不能信服地回答规范冲突之问，也不能有效地开出目的冲突解决之方。只有立足于刑法与其前置法在中国特色社会主义法律体系中的具体规范关系，秉持“前置法定性与刑事法定量相统一”的刑事犯罪的生成与认定机理，才能为刑民交叉问题的解决另辟理论路径，进而捍卫刑法的保障法定位，实现刑法的谦抑性要求。

**关键词** 刑民交叉 冲突范式 规范关系 定罪机制

囿于公法与私法的理念差异、制裁与赔偿的机能分工、公序与私权的利益碰撞，刑民交叉案件的认定处理，在我国既存在激烈的理论论争，又面临严峻的现实困境，不仅导致了刑、民诉讼程序之间的冲突，而且在很多情况下产生了法律救济的真空。为此，理论界和实务部门开始反思，作为19世纪法学重大成就的刑法与民法在概念上的明确区别，<sup>〔1〕</sup>在专业分工日益精细又愈益交叉融合的今天，是否已经成为一个错误的概念？刑民交叉案件的办理，究竟应当遵循何种规范理论和实践解决机制？为此，笔者拟以刑法在中国特色社会主义法律体系中的规范定位及其与前置法的规范关系为研究进路，通过对犯罪本质和刑民交叉案件的内涵挖掘，检视刑民交叉案件现有理论范式的教义学不足和在司法实践中存在的弊端，进而就刑民交叉案件认定机制的重构提出笔者的

\* 中国人民大学法学院暨刑事法律科学研究中心教授、法学博士、金融学博士后。本文系中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)项目“国家纵向治理体系现代化和法治化若干重大问题研究”(项目编号: 22XNL004)的阶段性成果。

〔1〕 参见陈瑾昆：《刑法总则讲义》，中国方正出版社2004年版，第2—3页。

一管之见,就教于方家。

## 一、内涵厘定:程序交错还是实体交叉

刑民交叉,可以说是一个歧义丛生的概念,仅仅在称谓上,就有刑民交织、刑民交错、刑民交叉等不同提法。<sup>〔2〕</sup>而在概念界定上,则主要有以下三种代表性观点:一是基于侵犯刑民法律关系的行为及其相互关系,认为刑民交叉是指不同行为分别侵犯了刑事法律关系和民事法律关系,但不同行为之间具有一定的牵连关系,以及同一行为同时侵犯了刑事法律关系和民事法律关系或者侵犯的法律关系一时难以确定是刑事法律关系还是民事法律关系的现象。<sup>〔3〕</sup>二是基于刑民归责的构成要件,认为刑民交叉是行为人的同一行为同时部分或全部符合刑事犯罪的构成要件和民事法律关系的构成要件的客观存在,并认为这种交叉现象是行为人实施的行为特殊到一定程度,在刑事规范与民事规范的边缘区域发生摩擦、碰撞的结果。<sup>〔4〕</sup>三是基于案件所涉的刑民法律关系,认为刑民交叉是指在同一个案件中,出现民事法律关系和刑事法律关系的相互交叉、牵连、相互影响或者区分不清的情况。<sup>〔5〕</sup>

对于刑民交叉案件的类型,学者们更是歧见纷呈。有学者认为,从司法实践来看,刑民交叉案件可以划分为三大类:<sup>〔6〕</sup>第一类,因不同法律事实分别涉及刑事法律关系和民事法律关系,但法律事实之间具有一定的牵连关系而造成的刑民交叉案件。例如,同一行为主体实施了两个独立的法律行为,分别侵犯了刑事法律关系和民事法律关系,但都是基于同一行为主体,从而在法律事实上牵连,进而形成刑民案件的交叉。第二类,因同一法律事实涉及的法律关系一时难以确定是刑事法律关系还是民事法律关系而造成的刑民交叉案件。法律事实的复杂性和人类认知能力的有限性及差异性,决定了对同一法律事实存在不同的认识和理解,造成了公、检、法三部门对案件性质的认识存有分歧,有的认为是刑事案件,有的却认为是民事案件,由此形成了刑民交叉案件的一种特殊表现形式。第三类,因同一法律事实同时侵犯了刑事法律关系和民事法律关系,从而构成刑民交叉案件。此类交叉实质上是源于法规竞合,由于刑法和民法都对该项法律事实作了相应规定且竞相要求适用于该法律事实,造成刑民案件的交叉。

也有学者提出,刑民交叉案件其实包括两类。<sup>〔7〕</sup>第一类是因不同法律事实,分别涉及刑事法律关系和民事法律关系,但法律事实之间具有一定的牵连关系而造成的刑民交叉案件。第二类是因同一法律事实,同时涉及刑事法律关系和民事法律关系,从而构成刑民案件交叉。此类案件可以细分为:(1)刑事附带民事诉讼;(2)决定民事判决结果的重要事实有待刑事审判认定与查明的案件;(3)决定民事判决结果的重要事实无需刑事审判认定与查明的案件。

还有学者主张,“司法实践和理论研究中,刑民交叉案件不是一个正式的、统一的法律概念。一些人将基于不同法律事实而产生的,或者仅在诉讼主体、诉讼标的物上存在牵连关系的刑事诉

〔2〕 参见印仕柏:《刑民交叉案件管辖问题研究》,载《中国刑事法杂志》2009年第6期,第45—51页。

〔3〕 参见刘建国:《刑事诉讼中的刑民交错现象及其法律规制》,载《华东刑事司法评论》2004年第2期,第179—210页。

〔4〕 参见童可兴:《刑民交错案件的司法界定》,载《人民检察》2004年第6期,第15—18页。

〔5〕 参见赵旭光、李红枫:《刑民交叉案件中的侦查权控制》,载《首都师范大学学报(社会科学版)》2010年第3期,第41—45页。

〔6〕 参见江伟、范跃如:《刑民交叉案件处理机制研究》,载《法商研究》2005年第4期,第31—36页。

〔7〕 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,第28—29页。

讼和民事诉讼统归为刑民交叉案件,这是不科学的。这些案件的处理,其实根本就不涉及刑事诉讼和民事诉讼的竞合问题,顶多只能说是较为复杂的刑事案件或者较为复杂的民事案件而已。真正的,也是值得研究的刑民交叉案件,只能是基于同一法律事实而产生刑事诉讼与民事诉讼竞合的案件”。〔8〕

而从一系列刑民交叉案件办理的司法解释来看,虽然数量不少,但规定最为全面、实践中运用最多、理论上争议最大的,还是最高人民法院2020年修正的《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》(以下简称“2020年《规定》”)。其中,第1条要求:“同一自然人、法人或非法人组织因不同的法律事实,分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的,经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理。”第10条规定:“人民法院在审理经济纠纷案件中,发现与本案有牵连,但与本案不是同一法律关系的经济犯罪嫌疑线索、材料,应将犯罪嫌疑线索、材料移送有关公安机关或检察机关查处,经济纠纷案件继续审理。”第11条进一步明确:“人民法院作为经济纠纷受理的案件,经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的,应当裁定驳回起诉,将有关材料移送公安机关或检察机关。”有学者认为,上述第1条以是否因“不同法律事实”作为刑民案件是否可以并行审理的标准,第10条和第11条以是否为“同一法律关系”作为经济纠纷案件继续审理还是裁定驳回起诉或移送公安、检察机关的标准。同一司法解释对于问题的处理存在“法律事实”和“法律关系”双重标准,一定程度上折射出司法解释在对刑民交叉案件进行类型化处置中的困惑,标准的模糊也造成了司法实践和理论逻辑上的混乱。〔9〕

其实,称谓、概念和特征是同一问题的不同侧面。称谓是事物本质的高度浓缩,概念是特征的概括,特征是概念的展开。不过,鉴于最高人民法院在批复中采用过“刑事案件与经济纠纷案件交叉”的说法,本文采刑民交叉的称谓。至于刑民交叉内涵的科学界定及其类型的合理划分,透过上述争议不难看出,实际上取决于以下两个关键问题的解决:一是刑民交叉问题的缘由。刑民交叉案件的发生,到底缘于刑事法律关系与民事法律关系的交叉、牵连还是法律事实的交叉、牵连?二是刑民交叉问题的实质。刑民交叉问题的本质,究竟在于实体责任的交叉还是程序适用的交错?

显然,前一问题关涉刑民交叉案件的认定标准,后一问题决定刑民交叉案件的处理机制。而无论哪一问题的探讨,首先必须明确的是,刑民交叉案件是刑事案件与民事案件共存于一案的案件,即同一案件既具有刑事案件的属性,又具有民事案件的特征。其次,刑民交叉案件的认定与处理,均以解决交叉案件中同一行为人的刑事责任和民事责任为出发点和归宿,否则,刑民交叉案件没有理论上特别研讨和实务中特殊处理的必要。由此决定,刑民交叉案件的认定,既应以同一法律事实为前提,又应以同一法律关系为必要。

这是因为,案件的性质取决于法律关系的认定,同一案件当然是指法律关系同一即法律关系主体、客体和内容均为同一的案件。由于法律关系是法律事实引起的法律后果,而法律事实才是法律关系得以产生的原因,因而同一法律关系的案件,当然也是同一法律事实的案件,但同一法律事实的案件却未必是同一法律关系的案件。例如,甲盗窃乙的银行储蓄存折这一事实,既可引起甲、乙之间的财产侵权纠纷,又可引起乙与银行之间的储蓄合同履行纠纷。两个纠纷虽然均由同一法律事实引起,且分别涉及刑事案件与民事案件的处理,但因法律关系不同而并不存在刑民交叉的问题,实践中对此也是作为两个独立的个案分别予以处理的。但就甲乙之间财产侵权纠纷的

〔8〕 樊崇义、曾宪文:《刑民交叉:是否必须“先刑后民”》,载《检察日报》2007年8月9日,第3版。

〔9〕 参见魏东、钟凯:《论刑民交叉及其关涉问题》,载《四川警察学院学报》2009年第4期,第40—49页。

解决而言,则既涉及甲对乙的民事赔偿责任的认定与实现,又涉及甲因对乙财产的侵犯而可能产生的刑事责任的认定及其实现,前者的处理需要适用民事诉讼法和民法;后者的解决需要适用刑事诉讼法和刑法。由于民事诉讼程序和刑事诉讼程序不能相互取代,民事归责与刑事归责不能彼此替代,故办理此类案件,既要解决民事归责与刑事归责的分别认定,又要解决民事诉讼程序与刑事诉讼程序的相互衔接。无疑,这样的案件才是司法实践和理论层面所深感困惑并需要建立特别机制予以解决的刑民交叉案件。

所以,笔者认为,刑民交叉案件是指同一法律事实而引起的同一法律关系,因该法律关系兼具民事案件特质,又有刑事案件属性,因而需要特别机制解决同一行为人在该类案件中的刑事责任与民事责任承担,以及相应的刑事诉讼程序与民事诉讼程序衔接适用的案件。

## 二、范式探究:规范冲突还是目的冲突

在德国学者恩吉施看来,法律冲突不外乎以下四种基本类型:制定法技术的冲突、规范冲突、价值冲突和原则冲突。<sup>[10]</sup>其后,日本刑法学界从目的冲突层面对恩吉施的前述经典总结进行了丰富和发展,引起我国学者的高度关注和广泛共鸣,<sup>[11]</sup>并形成了我国当下有关刑民交叉案件产生缘由及其解决机制的主要理论范式:一是规范冲突。即刑民交叉案件的出现,缘于刑民法律规范对同一个行为同时发出容许和禁止的指令。二是目的冲突。即刑民交叉案件主要发生于规范的目的和手段关系应该相称却不相称之时。

那么,哪一类冲突及其排除,为刑民交叉问题的解决提供了终极准则呢?对此,违法一元论(包括严格的和缓和的)、相对论、多元论、法律效果论“你方唱罢我登台”,不仅推动了刑民交叉问题研究的愈益深入,而且理论证成均不乏合理之处。不过,或许囿于“非常刑法”而未能“跳出刑法”的理论惯性,尤其是体系思维的匮乏,对于刑民交叉这么一个必须由刑民共建共治的跨部门法问题,上述学说和研究范式仍有诸多可商榷之处。

### (一) 规范冲突范式的检视

法乃百姓的行为准则和指引。这种指引,通过法律规范发出行为指令,即禁止、要求或者容许而得以实现。如果某一行为,既为法所禁止又为法所容许,甚至既为法所禁止又为法所要求,则必然陷百姓于进退维谷之境,从而消解了法律作为行为规范的存在意义。因此,恩吉施提出,“规范冲突必须排除”,<sup>[12]</sup>否则,即是规范的自杀。为了避免规范自杀,一般违法性理论也就应运而生:法秩序统一视野下的各部门法中的违法判断应当一致。在此基础上,进而形成了刑事违法性判断的一元论,包括刑事违法判断绝对从属于民商法、行政法等前置法的严格一元论,和刑事违法性在具备前置法的违法性(又称为一般违法性)的基础上,还应具备刑事可罚性(独立的量的考察)的缓和一元论。目前,严格的一元论已少有人主张,<sup>[13]</sup>而缓和的一元论因其结论的相较妥当而收获了越来越多的支持者。

但是,法秩序的统一并不意味着部门法之间没有分工。相反,宪法价值秩序的建构,既有赖于

[10] [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第199—211页。

[11] 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207—227页;[日]京藤哲久:《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148页。

[12] 见前注[10],卡尔·恩吉施书,第199—211页。

[13] 参见[日]日高义博:《违法性的基础理论》,张光云译,法律出版社2015年版,第9页。

民商法、行政法等前置法对于符合宪法基本价值的法益的规范确立和第一次保护,也离不开刑法这一拥有最严厉制裁手段的保障法的第二次保护。而法体系第二次保护的门槛只有高于法体系第一次保护的门槛,部门法之间的分工才具有正当性,刑法在法体系中的存在才有意义。故笔者以为,刑法并非绝对从属于前置法的附属法,而是相对独立于前置法的保障法;刑事违法性固然以前置法不法性为前提,但却并非前置法不法性的当然结果;犯罪虽然必须首先违反前置法,但是,违反前置法的行为不但并非如严格的一元论所主张的当然都能构成犯罪,而且也并非缓和的一元论所宣称的与犯罪之间仅仅只有刑事处罚的量的区别。具体就刑民关系而言,刑民规范之间、犯罪与民事侵权或民事违约之间,至少存在着以下不同:

一是在价值取向上,民事责任重在救济,刑事责任重在制裁。因而紧急避险造成损害的,如果危险是由自然原因引起,紧急避险人在民法上仍有可能依据公平责任原则承担适当补偿责任,但却无论如何不会产生刑法上的责任。

二是在归责原则上,民事责任原则以过错责任原则为主,以严格责任原则和公平责任原则为补充,刑事责任原则却要求主客观必须统一。因而在民法上,行为人只要对他人的民事权益造成了损害,无论主观上出于故意还是过失甚至无过错,都面临着侵权责任的承担,而且事实上,侵权行为也大多是过失行为。而在刑法上,不仅无罪过即无犯罪,而且即便主观上存在罪过,但如果是过失犯罪,仍只有在法律对过失犯罪有处罚规定的情况下才能予以刑事责任的追究。

三是在归责范围上,民事归责的范围既包括直接责任,也包括间接责任;既包括直接责任人,也及于间接责任人。2021年《民法典》第1198条规定,因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后,可以向第三人追偿。此责任模式亦为2022年《反电信网络诈骗法》所吸收。<sup>[14]</sup> 电信网络诈骗的第一侵权人虽是电信诈骗行为人,但电信运营商、银行等电信网络产品或服务提供者未尽安全义务,内部疏于监管,却往往是很多案件发生的“催化剂”。是故,电信网络产品或服务提供者即便没有参与共同诈骗,也应该成为电信网络诈骗案件的补充民事责任主体。当然,补充责任的核心在于民事责任承担的补充性,需要通过直接责任人和补充责任人现实担责的先后顺序予以控制,只有当直接责任人的财产不足以清偿债务时,补充责任人才有义务担责。然而在刑法上,由罪责自负原则决定,犯罪人的刑事责任只能由其本人承担,既不能由继承人承担,也不会发生刑事责任的转移或补充。

四是在责任性质上。民事责任是私法性质的法律责任,且在侵权人或违约方与受害方之间展开,是故,民事责任的承担同样适用意思自治原则,因受害人对损害赔偿请求权的放弃,侵权人或违约方可以免于民事责任的承担。但是刑事责任是公法性质的责任,且在犯罪人与国家之间展开,代表国家追诉犯罪的公检法机关或者应当移送刑事案件的行政执法机关,对于应当刑事归责的嫌疑人如果擅自决定不予追究刑事责任,则可能构成滥用职权或者玩忽职守等渎职行为,轻者可能遭到行政处分,重者可能面临刑事制裁。

至于对法官等司法和执法人员来说,法规范则不仅仅是其作为普通国民必须遵守的行为准则,更是其执法的依据和裁判的指引,而这种裁判指引,则是通过法规范中的法律效果来实现的。

[14] 2022年《反电信网络诈骗法》第46条第2款亦规定了产品或服务提供平台的补充责任:“电信业务经营者、银行业金融机构、非银行支付机构、互联网服务提供者违反本法规定,造成他人损害的,依照《中华人民共和国民法典》等法律的规定,依法承担民事责任。”

因此,有学者新近提出的法律效果论,将刑民交叉问题从违法论视角向法律效果论视角转化,其实仍然是一种规范冲突范式。正因为如此,法律效果论虽然在话语表达上具有一定的新颖性,但是,规范冲突范式的前述理论缺陷仍是其难以摆脱的窠臼。而或许正是为了规避这种窠臼,法律效果论者在理论建构中虽然形式上主张属于规范冲突范式的法律效果论,实际上却已悄然转向了目的冲突范式,主张“规范目的之间如何协调是处理刑民关系的根本,而法律效果是将合目的性统一贯彻到刑民交叉领域的媒介”,进而形成了与违法一元论不同的倾向于刑法独立性的观点。<sup>〔15〕</sup>然而,这种范式转换并未迎来柳暗花明又一村,相反,其不仅未能突破规范冲突范式的藩篱,反而又陷入了目的冲突范式的困境。

## (二) 目的冲突范式的反思

不同于规范冲突范式对规范指引功能的强调,目的冲突范式更为重视的是规范目的之于法律规范的重要性,进而主张法秩序统一的精神,乃在于各部门法之间规范目的的统一。正是“法律的目的”,才赋予了法秩序的统一性。<sup>〔16〕</sup>所以,法秩序的统一不是违法概念的形式统一,而是各法领域目的的统一。<sup>〔17〕</sup>

但其实,目的冲突范式和规范冲突范式一样,仍然属于冲突范式。而冲突范式给出的解决方案只是笼统地强调冲突必须排除,要求不同规范的指引必须一致,不同规范的目的必须统一,但是问题在于,既然鱼与熊掌不可得兼,那么冲突出现时,哪个规范的指引应当优先,哪个规范的目的又应当优位,才能确保法秩序统一的实现呢?显然,“排除冲突”这样的标准因失于笼统、空洞,既不能信服地回答规范冲突之问,也不能有效地开出目的冲突解决之方。

面对此种无奈,与规范冲突范式论者不同的是,目的冲突范式论者选择直面冲突范式的局限,得出了刑法独立性的结论,即刑法和民法没有普遍确定的关系,当二者的规范目的不幸冲突时,没有确定的答案,应当“通过使用多种方式限制与其相矛盾的的目的的范围或者决定两目的中何者更具优先性的方式来解决其间的矛盾”。<sup>〔18〕</sup>而至于何时让刑法优先,何时让民法优位,目的冲突范式论者大多语焉不详,以致有学者直率地指出,想要为这种矛盾的解决提供一个明确的指导方针,至少在不同价值观念并存的社会中,是不可能做到的。<sup>〔19〕</sup>可这样一来,目的冲突范式坚持刑法绝对独立性的理论意义和实践价值又何在呢?

不仅如此,目的冲突范式下的刑法独立论者在正面证成自己的理论时,几近一致地强调,“民法、刑法在其规范目的以及由此决定的功能、性格上都有明显的差异,从而没有普遍必然的关系”。一方面强调刑民的巨大差异性和各自独特性,力主刑法完全地、绝对地独立于民法,另一方面却又在刑民交叉问题上努力抹掉刑民的特殊性以实现两者规范目的的统一,这样的思维方式和研究理路,是否又有些自相矛盾呢?

更为重要的是,无论奴隶制时代的《十二铜表法》还是封建时代的《唐律》,其典型特征均在于“诸法合体,刑民不分”,不独封建时代的中华法系如此,奴隶社会的古罗马法更是如此。<sup>〔20〕</sup>对此,

〔15〕 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。

〔16〕 见前注〔11〕,京藤哲久文。

〔17〕 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433页。

〔18〕 见前注〔11〕,京藤哲久文。

〔19〕 见前注〔11〕,京藤哲久文。

〔20〕 参见田宏杰:《走向现代刑法:违法性认识的规范展开》,载《政法论坛》2021年第1期,第69页。

英国学者梅因在其著名的《古代法》里有着深入的研究和清晰的释明：“文明社会的法统不约而同地将对国家的侵害行为与对个人的侵害行为区分开来，它们一分为二，分别叫犯罪行为和不法行为；在此，我就不佯装它们在法学中的使用总是那样贴切了。行文至此，应当说古代的刑法并非有关犯罪行为法，而是有关不法行为的法，或者，使用英文中的术语，它应该叫侵权行为法。”故而可以断言，在雅典城邦和罗马国时期，“公民想要免受暴力或欺诈之害，他们能仰仗的不是刑法，而是侵权行为法”。〔21〕

因而在古罗马法时代，不仅刑民合一，而且以民为主，从而形成了大陆法系中的刑法演进路径，即在侵权法的基础上脱胎发展而来。而中华法系几千年的发展历史，却是诸法合体，以刑为主，从而形成了我国的侵权法演进路径，即在刑法的基础上肇始演进而来。可见，刑法与民法、刑事责任与民事责任自古以来就有着非常紧密的联系。正因为如此，不仅《法学总论》“侵权行为”编中规定：“关于一切侵害，被害人可提起刑事诉讼，也可以提起民事诉讼。”〔22〕而且现代诉讼制度还专门建立了刑事附带民事诉讼，进一步将刑事责任和民事责任有机地联系在一起，甚至于刑事责任和侵权责任在自诉案件中还可以选择适用。至于在现代普通法国家，对于非法侵害、殴打、侮辱等行为，对行为人同样既可以仅仅提起侵权之诉，也可以提起刑事指控。〔23〕

所以，目的冲突范式和规范冲突范式面临的理论困境是一样的。究其根源，乃因冲突范式本身的缺陷所致：从抽象的法秩序统一层面出发，是无法具体确定刑法与其前置法之间的规范关系的。刑法与前置法之间的规范关系始终是具体部门法与部门法之间的问题，抽象层面的法秩序统一原理及其派生的冲突排除范式虽然具有理论上的美，但却无法提供具有解释力的理论指引。刑民交叉问题的解决，需要另辟理论路径。

### 三、教义发掘：前置法定性与刑事法定量相统一

刑法与民法、行政法的交叉问题涉及的是具体部门法与部门法之间的关系，只有立足宪法价值秩序下的刑、民、行规范关系，通过分别考察刑法、民法、行政法的特点，再抽离出来关照刑法与民法、行政法之间的联系，方能探得解决之道，而不能仅仅将其作为普通的一般法规范，依据一般法理论来讨论。

#### （一）具体内涵

众所周知，刑法的使命在于保护法益。但是，刑法法益并非由刑法独立设置保护，相反，刑法法益既是刑法与其前置法对于承载宪法价值秩序之社会经验事实予以逐级规范承认的产物，又是刑法与其前置法按照宪法比例原则进行层级责任分配和规范保护的结果。所以，一项社会生活中的“利益”要上升成为法律规范体系调整保护的“法益”，必须符合宪法的两项原则或指令：一是宪法的基本价值；二是宪法的比例要求。只有符合宪法基本价值的社会生活利益，才能由部门法承认确立为法益从而受规范保护；而法益的规范保护则必须遵循宪法的比例要求，

〔21〕 [英] 亨利·萨姆纳·梅因：《古代法——与社会远史及现代观念的联系》，郭亮译，法律出版社 2016 年版，第 191—192 页。

〔22〕 [古罗马] 查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆 1989 年版，第 203 页。

〔23〕 Mauro Bussani & Anthony Sebok, *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, Edward Elgar Publishing, 2015, p.94.

在前置法和刑事法中合比例地层级分配。承担法益确立之职的是民商法、行政法等前置法中的调整性规范,负担法益保护之责的是第一保护性规范——前置法中的法律责任规范,和第二保护性规范——刑法。这样,法益的确立,其实是宪法基本价值秩序在前置法中的具体呈现;而法益的保护,其实是宪法比例原则要求在前置法责任和刑事责任分配中的结构展开。前者旨在倡扬法益确立的实质正义和价值正当性,后者旨在彰显法益保护的分配正义和制裁比例性。两者的有机结合,既共同完成了宪法指引下的统一法秩序建构,又决定了包括民事犯(即自然犯)与行政犯(即法定犯)在内的刑事犯罪的立法生成机理和司法适用机制,乃在于“前置法定性与刑事法定量相统一”。<sup>[24]</sup> 这既是笔者经多年深耕提出的行刑交叉案件的办案指引,也是刑民交叉案件的处理原则。

具体而言,“前置法定性”,是指在中国特色的社会主义法律体系中,刑法作为所有部门法的后盾与保障,其所保护的法益的内涵与实质,即作为犯罪客体内容的权利义务关系及其实质,并非由刑法独立规定,而是由刑法分则条文致力于保障的前置法予以确立和法体系的首次保护。例如,重婚罪侵犯的婚姻家庭关系的内涵,包括夫妻间的权利和义务内容,乃是由婚姻法而不是刑法调整确立。因而犯罪的不法实质或罪质,其实取决于前置法尤其是前置法之调整性规范的规定,形式上符合刑法分则条文的字面含义规定,实际上并未侵犯该刑法分则条文保障的前置法所确立保护的法益或法律关系的行为,因其前置法不法性的欠缺,绝无成为刑事犯罪的可能。在这个意义上,行为之前置法不法性的具备,是行为之刑事违法性产生的必要条件。质言之,犯罪必须首先违法。

而“刑事法定量”,则强调违法并不必然构成犯罪,行为之前置法不法性的具备,并非行为之刑事违法性产生的充分条件,更不是行为之刑事违法性产生的充要条件。相反,前置法上的违法行为,只有通过刑法的两次定量筛选,才能进入刑法规制的视野:一是犯罪行为的定型,即刑事立法从前置法归责的不法类型中选取出发益侵害严重者,结合主客观相统一的刑事归责原则,加以调整确立为犯罪行为类型,从而形成罪状;二是刑事追诉标准的确立,即刑事司法依据1997年《刑法》第13条但书的规定,确立犯罪行为的刑事可罚性门槛。<sup>[25]</sup> 其中,刑法的第一次定量即罪状的确立由刑事立法承担,刑法的第二次定量即罪量的确立由刑事司法完成,而刑事法两次定量的统一与完成,不仅确立了罪状与罪量的刑事规范标准,而且实现了犯罪与一般违法的分离,即:违法并不当然都是犯罪,只有具有双重违法性的严重违法,才是犯罪。

在此,有必要指出的是,中国刑法学界通说认为,中国刑法之犯罪确定采“立法定性又定量”模式,相较于德日等国采立法定性与司法定量相结合的路径,中国的“立法定量”模式无疑是“实质主义刑法观的产物”,虽然“具有实质合理性,符合刑法谦抑原则,但是欠缺形式合理性从而带来一系列问题。因此,放弃立法定量,实行司法定量,并构建轻罪处理机制,是理性选择”。<sup>[26]</sup> 而持保留论的学者则主张,我国立法定性+立法定量的入罪模式,从总体上看利大于弊,故应坚持并进一步完善。<sup>[27]</sup>

不难看出,有关罪量立法规定的存废之争,表面上结论不同,其实奠基于相同的理论前提,即

[24] 见前注[20],田宏杰文,第73页。

[25] 参见田宏杰:《虚假诉讼罪的认定:罪质、罪状与罪量》,载《新华文摘》2021年第17期,第23—24页。

[26] 参见李居全:《也论我国刑法中犯罪概念的定量因素——与储槐植教授和汪永乐博士商榷》,载《法律科学》2001年第1期,第91—101页;沈海平:《犯罪定量模式检讨》,载《法学家》2015年第1期,第98页。

[27] 参见储槐植、汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》2000年第2期,第43页;梁根林:《刑事法典:扩张与限缩》,法律出版社2005年版,第65页。

中国刑法中的犯罪确定乃是“立法定性又定量”的共识。而在笔者看来，刑法学界的这一共识，恐对中国刑法的规范结构和教义本质存在误解。事实上，无论是《刑法》总则第13条但书中的“情节显著轻微危害不大”，还是刑法分则对于非法经营罪等情节犯、诈骗罪等数额犯成立所必需的“情节严重”“数额较大”的规定，具体的定量标准从来就不是由刑事立法明文规定的，<sup>〔28〕</sup>而是均由司法机关通过以下两种途径予以具体明确的：一是由最高司法机关出台解释，明确“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”等罪量标准；二是在没有司法解释的情况下，由各级司法机关在具体个案的法律适用中加以确定。

所以，“前置法定性”揭示的是，犯罪源出于违法，两者有着共同的不法本质，那就是对前置法所确立的、实现宪法基本价值的调整性法益的侵害，从而划定了犯罪、违法区别于合法行为的规范边界；“刑事法定量”表明的是，犯罪有别于违法，不仅在罪量即刑事可罚的量上有别，而且在罪状即犯罪构成要素上亦有别于违法构成要素，从而划定了具有双重违法性的犯罪与仅具前置法违法性的一般违法的规范边界。因而“前置法定性与刑事法定量相统一”，即前置法决定罪质，刑事法决定罪状与罪量，不仅是对刑法在中国特色社会主义法律体系中的保障法地位的坚守和刑法谦抑性的捍卫，而且是对遵循法益保护原则和制裁比例原则而形成的部门法分工和规范结构的尊重，从而在捍卫中国特色社会主义法治建设中的法秩序统一的同时，推动刑、民、行部门法共治犯罪合力的形成。对于违法行为的有效预防，固然需要侵权责任法与刑法配合；而在犯罪治理上，同样需要刑法与侵权责任法等民法、行政法的有效合作。正如有学者指出：权利的存在和得到保护的程度，只有诉诸民法和刑法的一般规则才能得到保障。<sup>〔29〕</sup>由此决定，刑法既不是目的冲突范式所主张的绝对独立于前置法的部门法，也不是规范冲突范式所宣称的绝对从属于前置法的附属法，而是相对独立（也可说是相对从属）于前置法的部门法，是相对独立性与制裁补充性融为一体的所有部门法的后盾与保障。<sup>〔30〕</sup>

## （二）质疑回应

尽管“前置法定性与刑事法定量相统一”的刑法与其前置法的规范关系是坚守宪法价值秩序、践行法益保护原则和比例原则的应有之义，但并不意味着对其没有理论质疑。尊重并回应这些质疑，既是共识达成之必需，又是倡导“前置法定性与刑事法定量相统一”理论的基石。为此，有三个问题需要讨论。

### 1. 与刑民规范目的的关系

有论者从刑法规范目的的角度，认为“由不同法领域就其各自固有的立法旨趣进行判断，不但‘殊途’，而且很多时候不求‘同归’”，<sup>〔31〕</sup>亦即刑民法域具有不同的规范目的，故在违法性判断、调整范围上不必强求一致或从属。

表面上，刑法和前置法的规范目的似不尽相同，例如，论者常常提到的刑法的规范目的在于预防未然的法益侵害，而民法的规范目的是救济已然的法益损害，故民事责任需要以实际损害为前

〔28〕 参见田宏杰：《知识转型与教义坚守：行政刑法几个基本问题研究》，载《政法论坛》2018年第6期，第30页。

〔29〕 参见[英]彼德·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1989年版，第41页。

〔30〕 参见田宏杰：《规范关系与刑事治理现代化的道德使命》，人民法院出版社2020年版，第210—216页。

〔31〕 王骏：《违法性判断必须一元吗？——以刑民实体关系为视角》，载《法学家》2013年第5期，第144页。

提,而刑事责任却可以提前介入。但事实上,民事责任也具有预防侵权行为的功能。<sup>[32]</sup>对此,王泽鉴先生早已明确指出:侵权责任法的重要机能就在于“填补损害及预防损害”。<sup>[33]</sup>随着现代社会进入风险时代,侵权法使命的核心更是逐渐从对行为自由的重视,转变为“在乎对于将致他人之损害予以最小化的永恒追求,即对于致害事实的预防”,故而现代侵权责任法必须尽可能实现其预防功能的最优化。<sup>[34]</sup>2021年《民法典》第179条规定的排除妨碍、消除危险等责任形式,既可适用于造成已然损害的侵权行为,又可适用于尚未造成实然损害的犯罪预备、犯罪未遂等侵权行为。而在严格责任、产品责任中,法律之所以将能够控制危险发生的人纳入责任主体之列,其出发点和价值追求同样是为了预防实际损害的发生,而不是,或者至少不主要是出于惩罚的考量。比如,2021年《民法典》第1206条规定:“产品投入流通后发现存在缺陷的,生产者、销售者应当及时采取停止销售、警示、召回等补救措施;未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害扩大的,对扩大的损害也应当承担侵权责任。”

此外,民事责任虽然主要是补偿性责任,但是也有惩罚性的功能,这不仅从过错责任始终占据着民事归责体系的核心地位可见一斑,而且在精神损害赔偿责任和惩罚性赔偿责任<sup>[35]</sup>中更是体现得淋漓尽致。而从1997年《刑法》第37条规定的责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失等实现刑事责任的非刑罚处理方法来看,刑事责任又何尝不具有赔偿的功能,包括满足被害人的报应情感、填补其精神伤害的机能呢?正因为如此,2021年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第175条第2款规定:“因受到犯罪侵犯,提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼要求赔偿精神损失的,人民法院一般不予受理。”

所以,刑事制裁与民事制裁之间的区别“只有相对的意义,民事制裁也至少附带服务于通过威慑的预防目的,这几乎是不必争辩的”。<sup>[36]</sup>更何况,无论民事责任的承担还是刑事责任的科处,其目的都在于矫正不法行为,以在发挥法规范之行为导向功能的同时,实现法益的保护。例如,对侵权行为的制裁和对受害人的赔偿,包含着尊重他人权利的法规范要求;对过失行为的制裁,包含着谨慎和勤勉的法规范要求;对失职行为的制裁,包含着恪尽职守的法规范要求。故科以民事责任和刑事责任的目的就是保证法规范的遵守,以保障宪法赋予公民的基本民事权利的实现和基本民事义务的履行,从而在共同完成法益保护使命的同时,保障宪法的基本价值在民法和刑法中的实现。

## 2. 与刑法谦抑理论的关系

当前,理论界出现一种淡化刑法谦抑性原则和刑法“最后手段性”色彩的倾向,并以此作为动摇刑法相对独立性(或者说刑法相对从属性)的理论基础,其常见的做法是将谦抑性原则的内涵抽象为限制刑法扩张的出罪理念。例如,有学者主张刑法谦抑性是内部规制刑法恣意和刑罚

[32] 《侵权责任法》第1条开宗明义地规定:“为保护民事主体的合法权益,明确侵权责任,预防并制裁侵权行为,促进社会和谐稳定,制定本法。”虽然2021年《民法典》并没有保留该条,但是从物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编均取消了旧法中目的宗旨的宣示性条款来看,这种处理仅仅是法典编纂的一种体例性考虑,而不代表对《侵权责任法》所宣示的“预防并制裁侵权行为”等目的的实质否定。

[33] 王泽鉴:《侵权责任法》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第34页。

[34] G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Préface par H. Muir-Watt, LGDJ, collection Droit et Economie, 2005, p.113.

[35] 2021年《民法典》第1207条规定:“明知产品存在缺陷仍然生产、销售,或者没有依据前条规定采取有效补救措施,造成他人死亡或者健康严重损害的,被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。”

[36] [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2012年版,第93页。

扩张的精神理念,不宜与刑法补充性、保障法和从属地位等同视之;〔37〕“限定刑罚权的发动,合理地框定处罚范围是谦抑性现实化的主要任务”,刑法谦抑性的“内在本质”在于如何确保扩大解释的合理性;〔38〕等等。

实际上,法益不但“没有自然法的永恒效力,而是跟随宪法基础和社会关系的变迁而变化”。〔39〕面对前置法的调整性法益不断增多、违法圈不断扩大、法律责任不断丰富的现实,刑事立法如果不与时俱进地扩大犯罪的规制范围和法益的刑事保护疆域,又如何能够胜任作为所有部门法的保障法和法体系第二保护法的职责和使命?而正是刑事立法规定有罪,才为刑事司法谦抑出罪预留了空间,开放了可能。这是因为,刑事司法的谦抑必须以刑事立法的制刑即立法的犯罪化为根本前提,对于前置法中不法但刑事立法并未规定为犯罪的行为,刑事司法是绝不能僭越刑事立法对其刑事立案、提起指控、判决有罪的。是故,对于刑事立法没有规定为犯罪的行为,刑事司法亦不认定其有罪,绝不是刑事司法谦抑的本义,而只是刑事司法不违法、不越位的本职;只有对刑事立法已经规定为犯罪的,刑事司法经综合权衡,认为犯罪情节轻微无需刑罚处罚的,则可不予定罪量刑,却同样能实现与定罪量刑处理一样的(甚至更优的)预防犯罪效果,才是笔者心中的司法谦抑的应有之义和司法用刑的最高艺术。因而“前置法定性与刑事法定量相统一”,既静态地揭示了刑法谦抑的系统内涵,又动态地提供了刑法谦抑的规范标准,即“刑事立法备”和刑事司法“少用、不用”的辩证统一。

是故,论者对于刑法谦抑性的前述理解,实不可取。刑法的谦抑性原则和法益保护机能虽然为近代刑法所确立,但在社会风险日益增多的行政犯时代,非但不能退出历史舞台(哪怕逐渐地、部分地退出刑法也不能),相反,其更应为现代刑法尤其是正在致力于良法善治建设的法治中国刑法所坚守。没有了刑法的谦抑性,也就没有了刑法的最后性和补充性,也就没有了现代刑法。在此,还应注意的是,现代刑法的谦抑性既不是非罪化的同义词,也不是限权、保障人权等抽象价值立场的简单表达,更不是法感情的宣泄,而是有其辩证统一的系统内涵和可操作、可判断的规范标准。而“刑法学界之所以经常出现对谦抑性原则既推崇又背叛的奇怪现象”,正“是因为欠缺技术性思考”。〔40〕以最后手段性为核心的谦抑性的理论旨趣其实在于,为入罪和出罪划定一个可操作的规范边界,而不是以法益具有立法批判机能为由,让解释者来取代立法者。而将谦抑性抽象化为合理限权的做法,在掩盖或绕开这个规范底线的同时,既没有提供一个具体的规范标准,也没有设置一个明确的最低底线(哪怕是放宽的底线也没有),从而架空了刑法谦抑性所应有的明确性和可操作性,致使谦抑性在沦为非罪化同义词的同时,反而走向了论者自己也不愿面对的反面,反倒更有利于入罪和刑事扩张了。

事实上,主张对谦抑性进行抽象理解的学者,一方面,在面对我国晚近20年刑事立法犯罪圈的扩张时都颇有微词,力主谦抑性的基本价值在于限制刑法的恣意扩张;而在另一方面,面对社会风险的增多和具体犯罪的刑法适用时,又都基本主张刑法应当越过前置法,以提前介入调整社会生活、有效治理犯罪、应对行政犯时代的风险。不难看出,这种对谦抑性进行抽象化理解的做法及

〔37〕 参见孙道萃:《论刑法在社会主义法律体系中的当代定位——从反思刑法保障法到倡导刑法事先法》,载《金陵法律评论》2012年第1期,第139—140页。

〔38〕 参见简爱:《一个标签理论的现实化进路:刑法谦抑性的司法适用》,载《法制与社会发展》2017年第3期,第22—35页。

〔39〕 [德]克劳斯·罗克信:《刑法的任务不是法益保护吗?》,樊文译,载《刑事法评论》2006年第2期,第164页。

〔40〕 杨兴培:《犯罪的二次违法理论与实践》,北京大学出版社2018年版,第74页。

其派生而来的主张,恰恰是与谦抑性的价值取向乃至论者自己的基本立场相矛盾的。而这种紧张和错位,必会大为减损刑法谦抑性原则的科学性和融贯性,尤其是刑法谦抑性内涵的系统性和规范性。

### 3. 与晚近立法现实的关系

对于“前置法定性与刑事法定量相统一”的刑法相对独立性(或刑法相对从属性)理论,有学者认为与实践存在距离,因为在现行法律体系下,对于杀人、强奸等一些传统的自然犯,“民法、行政法乃至宪法等前置法是否将这些行为设定为违法并不影响其刑事违法性”,<sup>[41]</sup>而一些新型的行政犯罪也存在先通过刑法入罪,再制定与之配套的前置法的情况。<sup>[42]</sup>

对此,笔者有些惊讶,对于生命权、性自主权这样重要的人身权益都不予保护的民法,还能称之为民法吗?故意杀人、强奸等案件中的被害人,难道不是刑事附带民事诉讼(或者单独提起民事侵权诉讼)的原告吗?如果没有民法典总则编和人格权编中的调整性规范对于生命权等人身权的规范调整,如果没有总则编和侵权责任编中的法律责任规范对于生命权等人身权的规范保护,刑法又如何进行“人”、有“生命权益的人”等规范判断,进而决定是否给予刑事保护呢?所以,2021年《民法典》颁行的重大意义,不仅仅因其是新中国建国以来制定的第一部民法典,更是如习近平总书记所指出,其“是一部体现对生命健康、财产安全、交易便利、生活幸福、人格尊严等各方面权利平等保护的民法典”<sup>[43]</sup>。

更何况,科学技术的快速迭代和社会关系的飞速发展,使得犯罪治理愈益面临诸多新挑战新问题,不仅新型支付方式、交易方式正在悄然改变人们的财产关系,而且数字时代的社会治理变革也必然引发社会道德、伦理观念的变化,进而使得即便是财产权益、人身权益等传统自然法益的刑法保护,也越来越多地进入到模糊地带。例如,性文化、性风尚的变迁,必然会影响到对性权益和性犯罪的理解;生命观的演进,亦会逐渐改变教唆自杀、帮助自杀、为他人实施安乐死等生命侵权行为的刑法规范评价。所以,即便是对“传统”自然犯的刑法规制,也并不是论者所认为的那样传统而显然。<sup>[44]</sup>正是基于此,笔者多年来一直呼吁以“民事犯”取代传统的自然犯之名,在实现刑事法称谓名正言顺“浓缩的都是精华”的同时,以提示刑事立法的制定、刑事法律的解释和刑事司法的适用,具体犯罪的危害本质或者说法益侵害实质的认定,绝不能仅仅局限于刑法文本的字面规定,而是应当在法秩序统一的视野下,在法体系统一的疆域内,秉持“前置法定性与刑事法定量相统一”的刑事犯罪定罪机制,并将其科学地展开。<sup>[45]</sup>

对此,有论者强调,虽然杀人、强奸行为也会产生民事赔偿问题,民事规则也在发挥保护作用,但这样的作用与刑法规制相比只是退居其次的。<sup>[46]</sup>可问题在于,“前置法定性与刑事法定量相统一”,既不意味着民事责任等前置法责任比刑事责任更重要,更不是要在刑法和前置法之间分出孰高孰低,而只是要求,无论刑民关系的处理还是行刑关系的衔接,都应当尊重中国宪法价值秩序下

[41] 袁彬:《刑法与相关部门法的关系模式及其反思》,载《中南大学学报(社会科学版)》2015年第1期,第46页。

[42] 参见赵运锋:《行政违法行为犯罪化的检视与应对》,载《政法论丛》2019年第2期,第101页。

[43] 出自习近平总书记2020年5月29日在十九届中央政治局第二十次集体学习时的讲话。参见习近平:《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》,载《求是》2020年第12期,第6页。

[44] 教唆自杀、帮助自杀因社会危害性较轻,实践中,或者不予犯罪论处,或者即使定罪,也可不予刑罚处罚。因而对于情节较轻的上述行为,仅令行为人承担民事赔偿责任或者给予行政处罚即为已足。

[45] 见前注[20],田宏杰文,第69页注释1。

[46] 见前注[38],简爱文。

的部门法的规范分工,都应当秉持法益保护原则和制裁比例要求,都应当坚守刑法的保障法定位和谦抑性品格。面对杀人、强奸等传统的人身侵权领域,刑法的“第二次保护”,既不是刑法对民法规范功能和保护作用的否定,更不是刑法的规范地位高于民法的证成,而只是表明,对于杀人、强奸这样的严重侵权行为,仅仅依靠民事制裁是不够的,刑法是对民法制裁力量的增援和保护手段的补充。

至于一些行政犯存在着刑法规制在先,行政法规制在后的现象,据笔者对我国刑法分则的梳理,实则不然。论者提出的组织考试作弊罪、代替考试罪等几个新罪,在刑法增设以前已有2009年《教育法》、2012年《国家教育考试违规处理办法》、2008年《国家司法考试违纪行为处理办法》等行政法律、法规奠定规制基石,只不过,行政法律规范浩繁,难以穷尽发现而已。那么,论者的担心在未来会不会出现呢?毕竟,作为科学技术革新和社会生活变迁的伴生产物,犯罪也在不断升级换代,不仅侵犯新型权益的新罪不断涌现,比如,侵犯数字财产权益的犯罪;而且侵权手段也在不断翻新,比如,证券期货市场中的信息操纵手段。虽然谁也无法预测未来,但在笔者看来,正是治理这些新型犯罪的实践需要,更加凸显了“前置法定性与刑事法定量相统一”的理论指导价值,尤其是其规范的立法批判功能。因为对于这些新的调整对象,人类的认识尚且有限,传统的概念法学话语体系也只能容其在模糊地带栖身:行为对象是模糊的,行为给社会带来或者可能带来的危害是模糊的,行为规制的有效手段及其妥当程度更是不可能仅凭概念和理念就能准确预估的。而若对这些模糊地带的新生事物轻易动用刑法予以规制,无论对社会治理创新还是公民的基本权利和行为自由,都是危险而不明智的。而“前置法定性与刑事法定量相统一”,不仅为刑事立法规制提供了具体的规范衡量标准,而且为刑事司法治理划定了根本的实践操作底线:不得逾越前置法。

#### 四、司法适用：尊重刑法又超越刑法的解释进路

由“前置法定性与刑事法定量相统一”的规范关系决定,刑法的适用解释,应当坚守法秩序统一的宪法基本价值要求,处理好部门法之间的结构性、功能性、比例性规范关系,遵循以下进路渐次展开:(1)按照刑法的基本原理,立足于刑法条文用语的文义进行行为定性的形式解释,从而实现刑事司法适用解释的形式正义。毕竟,刑法文本意义的首要依据在于刑法文本自身。(2)延伸至该刑法条文致力于保障的前置民商法或前置行政法所确立的调整性法益和第一保护性法益的本质、前置法之法体系第一保护性规范即“法律责任”规制的不法行为类型、配置的法律制裁方式及其制裁强度综合考量,对行为侵害的法益实质进行法体系的实质解释,以消除因对刑法文本意义的孤立解释而将不具有法益侵害实质的行为认定为刑法上的违法行为,从而实现刑事司法适用解释的实质正义。(3)按照行为侵害法益的程度和刑事制裁必要性,依据1997年《刑法》第13条“但书”和刑法分则具体条文的罪量要求,进行行为定量解释,确定行为人入罪的追诉标准,从而实现刑事司法适用解释的分配正义。<sup>[47]</sup>下面,兹以3个案例,针对刑民交叉认定中聚讼纷纭的几种情况,阐明“前置法定性与刑事法定量相统一”的犯罪认定机制在实践中的具体运用。

##### (一) 关于潜入高尔夫球场捞球案的定性

甲系居住在某高尔夫球场的农民,常在球场打烊后的夜半时分,潜入球场捞取打落在水里的

[47] 田宏杰:《立法扩张与司法限缩:刑法谦抑性的展开》,载《中国法学》2020年第1期,第181页。

高尔夫球,进而以二手球在花卉市场或网上贩卖,至案发时共获利 3 万余元。公安机关经立案侦查,以盗窃罪移送检察机关审查起诉。检察机关经审查,对于本案的定性却形成了盗窃罪说和诈骗罪说两种观点,并争持不下。

实际上,运用“前置法定性与刑事法定量相统一”的规范关系原理,上述争论自迎刃而解。这是因为,盗窃罪也好,诈骗罪也罢,均是侵犯财产所有权的犯罪。故本案定性的关键,在于确定被捞取的高尔夫球的财产所有权归属,进而判断行为在前置法上是否不法及其不法的实质所在。而高尔夫球场中的球,或者打球人自带,或者打球人从球场租用。自带情形下的高尔夫球,当然属于打球人所有;而从球场租用的高尔夫球,打球人离开时如果不能如数交回,则需支付赔偿金买下。所以,在民法上,打落在球场水里的高尔夫球,实系打球人合法所有并处分的抛弃物,而非球场所有的财产。由此决定,甲秘密潜入球场捞取这些打落的高尔夫球,实际上并不具有民事侵财的法益侵害实质,自不构成刑法上的侵财犯罪,检察机关对该案应依法作绝对不起诉处理。但是,如果从单一的、孤立的刑法视角观之,共识的结论一般是有罪,只是在犯罪的手段究属盗窃、诈骗还是侵占上常起纷争。可见,即便是传统的侵财犯罪的定性,也并非如反对论者所以为的那样天然就具有刑事违法性,而“前置法定性与刑事法定量相统一”,则为所有刑事犯罪的认定,设立了刑法适用的前置法基石:无前置法之违法,则无刑事违法。

## (二)“跑分案”中的黑吃黑性质认定

甲伙同乙、丙等人,明知他人实施网络诈骗、赌博等犯罪活动,仍提供并使用本人及多名团伙成员名下的银行账户参与第四方平台支付结算(即“跑分”)。由于经常分组倒班进行跑分,团伙成员的银行卡和手机实行统一保管,以便在不同的账户中实施操作。甲私下从乙的女朋友处取得丙托乙保管的丙的银行卡和密码(贴附在卡背面)后,以取现、向自己银行账户转账等方式,将卡内的帮助信息网络犯罪活动的数万元赃款占为己有。对于甲的行为性质,应当如何认定?

立足于“前置法定性与刑事法定量相统一”的犯罪认定机制,笔者以为,对赃物的侵犯实质上侵犯的是国家对赃物的所有权或原始权利人对赃物的返还请求权,行为人首先应负民事侵权责任。因而虽然是赃物,但其上实际承载着前置民事法所调整保护的财产性法益,侵犯赃物的“黑吃黑”行为实际上是前置民事法上的不法侵财行为,如其符合作为法体系第二保护法的刑法所规定的相应犯罪构成,并达到刑事追诉标准的,则应以相应的财产犯罪论处。

不过,应当指出的是,赃款与赃物不能等同视之,因为货币乃民法上的特殊之物,一般适用占有即所有的调整性规则,至于当事人之间的实质不公平则形成货币债权债务关系。由于以银行存款形式存在的赃款实际已为银行所有,存入赃款的行为人对银行只能主张不法原因形成的债权。而债权作为一种无形的财产性利益,能否被占有或转移占有?由于占有具有物理性支配和通过社会的权利外观进行规范性支配两个侧面,通过取得权利外观进而获得对财产性利益的规范性支配,无疑属于取得了对财产性利益的占有。而存款这种债权的特殊性在于其表征规范性支配的权利外观就是掌握存款存入的信用卡账号和密码等信息。本案中,赃款原本以存款的形式储存在黄某的银行账户中,但密码贴在银行卡背面且银行卡与绑定该卡的手机由包括甲、乙、丙在内的团伙成员约定共同轮流保管,因而团伙成员是该存款所代表的不法原因债权的共同占有人。而在不法原因共同占有场合,甲未经其他共同占有者同意,将共同占有的财物或财产性利益转移为自己单独占有,无疑是对团伙成员不法原因共同占有的打破,而不是对银行财产权的侵犯,因为银行对于债务的履行符合前置民事法中的债权准占有规则而合法有效,并不需承担额外损失,故笔者以为,对甲的行为不应以侵占罪论处。而不论是乙女友将背面贴有密码的银行卡交给甲,还是银行未实

质审核即核准了甲的转账行为,由于除甲外的团伙其他成员对此毫不知情,对于不法原因债权的占有转移完全没有认识,显然缺乏最低程度的处分意识和处分行为,因而甲的行为亦不符合诈骗罪的犯罪构成,而实属在他人不知情的情况下秘密转移不法原因占有的盗窃行为,由于数额已达追诉标准,当以盗窃罪论处。

### (三) 收买被拐卖妇女案件中的婚姻效力与虐待罪认定

收买被拐卖妇女案件中,被拐卖妇女与收买人的婚姻登记,既始于收买被拐卖妇女系我国刑法明文规定的犯罪这一事实,又兼有或者被胁迫,或者存在程序瑕疵等情状。而虐待罪的成立,以行为人与被害人之间具有家庭成员关系为前提,是故,收买被拐卖妇女案件中的婚姻效力如何,对收买人刑事责任的认定有着重要影响。

对于此类案件中的婚姻效力认定,在笔者看来,涉及的问题主要有三:一是婚姻登记时被拐卖妇女的民事行为能力如何?如系限制民事行为能力或无民事行为能力人,则其与收买人的婚姻登记在民法上不能成立,自始不具有法律效力。二是婚姻登记时被拐卖妇女是否存在受胁迫?2021年《民法典》第1052条规定,因胁迫结婚的,受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻,撤销前该婚姻并非无效。故如果婚姻登记时被拐卖妇女是完全民事行为能力人,即使婚姻登记时系被收买人胁迫而为,该婚姻在法律上并非无效。是否撤销,取决于被解救恢复人身自由后的被拐卖妇女本人意愿,即其是否向法定机关申请撤销。三是程序瑕疵的婚姻登记是否有效?此类案件中的婚姻登记往往存在诸多程序问题,如使用虚假的身份证件,登记日期错误,等等。如果被拐卖妇女婚姻登记时是完全民事行为能力人,这些程序登记问题从法律上而言,并不当然导致婚姻登记无效,而是只能通过行政复议或者行政诉讼予以救济解决。对此,被拐卖妇女可在被解救获得人身自由后,通过起诉婚姻登记机构,要求撤销婚姻登记的具体行政行为,从而解除其与收买人之间的夫妻关系。

而婚姻关系无论是自始无效还是被撤销而无效,收买人与被拐卖妇女之间均不再具有婚姻法上的家庭成员关系,这样一来,收买人在共同生活期间对被拐卖妇女的种种虐待,情节恶劣但又未满足故意伤害罪的刑事追诉标准的,是否只能作无罪认定?笔者以为,虐待罪的前置法并不仅仅限于2021年《民法典》的婚姻家庭编,而是包括《反家庭暴力法》等广义的家事法在内。在价值日益多元、生活日益多样的现代社会,家事法所调整的家庭成员关系,既包括传统的以婚姻为基石的家庭成员关系,也包括非基于婚姻关系的监护、扶养、非婚同居等类家庭成员关系,特别是随着我国逐渐步入老年社会,家庭关系的多样性会更加凸显。正是基于此,2015年《反家庭暴力法》和最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》等法律和司法解释均对此特别予以明文规定。因而立足于“前置法定性与刑事法定量相统一”的刑事犯罪认定机制,只要被拐卖妇女系与收买人共同生活的人员,无论其与收买人之间的婚姻是自始无效,还是因被撤销而无效,于收买人虐待罪的认定均不生影响。

## 五、结 语

刑法不是防治违法犯罪行为的唯一手段,作为所有部门法后盾和保障而存在于法律体系并运行于司法实践的刑法,对于犯罪的立法规制和司法制裁,必须符合谦抑性、最后性和补充性的要求。“前置法定性与刑事法定量相统一”的刑法与其前置法的规范关系原理,既是处理行刑衔接案件的规则,又是办理刑民交叉案件的指引。因而刑民交叉案件中的犯罪本质或者说法益侵害实质的认定以及刑民衔接程序的设计,不能仅仅囿于刑事法律文本自身,而是应在“尊重刑法”的前提

下,“超越刑法”地延伸于该刑事法律规范所致力于保障的前置行政法律、法规和民商事法律规范之中,才能真正契合宪法价值秩序中的法益保护原则和比例原则要求,从而形成犯罪治理的部门法合力,进而实现犯罪治理的形式正义、实质正义和分配正义。与之相应,刑事法律人的知识结构和研究视野,在经济一体化、金融全球化的今天,也应大力拓展至整个法律体系乃至社会经济领域之中,而不能仅仅局限于刑事法律领域之内。唯有如此,才能防止因片面的正确,而人为创制出法律的冲突。

---

**Abstract** A criminal-civil overlapping case refers to those where criminal case and civil case co-exist, the starting point and objective of which are to clarify the civil liability and criminal liability of the same perpetrator. Hence, to properly handle a criminal-civil case requires setting the same facts as a precondition and requires the same legal relations as an essence. The paradigm of normative conflict and the paradigm of purposive conflict provide a criterion to “exclude conflicts” from the perspective of abstract unification of legal order, which is unconvincing for its vagueness and ambiguousness. The criterion fails to persuasively respond to the question of norm conflicts, also it fails to make a prescription for purposive conflicts. Only based on the concrete normative relation between criminal law and its prepositioning laws in the socialist legal system with Chinese characteristics, upholding the crime-determination mechanism of “unifying prepositioning laws that determine nature and the criminal law determines degree”, can be an effective and delicate solution to solve the criminal-civil problem be created, hence defending the orientation of criminal law as a protective law and fulfilling the requirement of the modesty of criminal law.

**Keywords** Criminal-civil Overlap, Paradigm of Normative Contradiction, Basic Theory on the Normative Relation, Conviction Mechanism, Connection Procedure

---

(责任编辑:陈可倩)