

# 民法对刑法的影响与刑法对民法的回应

陈 兴 良\*

**摘 要:**随着《中华人民共和国民法典》的颁布实施,我国法律体系臻于完善,由此带来刑民关系的深度融合。在这种情况下,我们需要进一步考察民法对刑法的创制与适用所带来的影响,同时刑法应当对其做出积极的回应。民法与刑法在法律体系中具有前置法与后置法之间的关系,这种关系决定了民法对刑法的解释适用具有一定的制约性。基于法秩序统一原理,民法中的合法行为在刑法中不能被认定为违法行为,因而民法上的合法行为可以成为刑法中的出罪事由。刑法具有对民法的从属性,这种从属性彰显了民法对刑法的人身犯罪与财产犯罪的司法认定具有重大的影响。刑法对民法的从属性是相对的,刑法在立法中可以基于刑法的目的而做出不同于民法的规定或者界定,刑法对民法具有一定程度的独立性。当前民法在社会生活中的作用越来越受到重视与强调,民法的扩张势所必然。刑法与民法并不是完全的消长关系,刑法在社会治理过程中仍然应当发挥其作用。重刑轻民的观念以及重刑主义思想应当加以清除,使刑法与民法能够互相协调,成为法治国家建设中的两大法律支柱。

**关键词:**刑民关系 前置法 后置法 法秩序统一

由于刑法和民法是整个国家法律体系中的两大支柱,因此刑法和民法的制定与完善对于一个国家的法治建设来说具有极为重要的意义。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的颁布与实施是我国法治建设的标志性事件,表明我国法律体系正在逐步走向成熟。同时,《民法典》的颁布还会给刑法以及其他部门法的解释适用带来一定的影响。面对这种影响,刑法应当做出积极的回应。只有这样,才能形成刑法与民法之间的良性互动,从而推动国家法治建设的进一步发展。本文拟以《民法典》颁布为背景,对刑法与民法之间的关系展开论述。

\* 北京大学博雅讲席教授、博士生导师

## 一、前置法与后置法的关系

在任何一个国家,法律都不是单独发挥作用的,而是在相互协调下共同发挥作用的。这就是法律体系的整体性效应。

在法律体系中,宪法是国家的根本大法,也称母法,因而处于法律体系的顶端,对居于其下的部门法具有统辖作用。就此而言,宪法与部门法之间存在统辖关系。各个部门法通常都会在其第1条载明本法是以宪法为根据制定的,这就是部门法对于宪法遵从性的生动体现。从某种意义上说,部门法只是宪法实施的具体途径。因为宪法作为国家的根本大法,只是对涉及国家的基本制度和基本原则作出框架性的规定。如果不通过部门法予以确认并实施,那么宪法就会沦为摆设。此外,就实施方式而言,大多数国家并不采用宪法司法化的路径,而是实行宪法监督制度。从某种意义上说,宪法对社会关系具有间接调整的特征,只有借助部门法才能实现宪法的立法宗旨。

在宪法之下存在3个基本法律:民法、行政法和刑法,然而这3个基本法律之间的逻辑关系并不相同。如果说民法与行政法之间存在并列关系的话,那么刑法与民法以及其他部门法之间则具有前后关系。这就是前置法与后置法之间的关系,也是刑法区别于其他部门法的根本特征。刑法以外的其他部门法之间的关系是平行的,如民法与行政法之间的关系就是如此。民法调整平等主体之间的权利与义务关系,而行政法调整具有隶属关系的主体之间的权力与权利之间的关系,由此形成对法律关系的纵横调整。就此而言,民法与行政法之间具有并列法的关系。然而,刑法与民法以及其他部门法并不在同一个平面上,因而并不存在并列的关系。刑法是民法以及其他部门法的制裁力量,具有保障法的性质。从逻辑上说,刑法规范可以分解为各个部门法的制裁规范,因而纳入各个部门法。例如,违反民法的犯罪可以归之于民法,而违反行政法的犯罪可以归之于行政法。在这种情况下,刑法规范会被肢解,但并不会影响整个法律体系的完整功能。刑法之所以独立于其他部门法而自成一体,是因为刑法关系到对公民的生杀予夺,应当进行专门的立法。因此,刑法是对犯罪行为进行规制并对国家的刑罚活动加以规范的法律,是行为规范与裁判规范的统一。

刑法在法律体系中的独特地位表明其是民法以及其他部门法后置法,而民法以及其他部门法则是刑法的前置法。也就是说,刑法与民法以及其他部门法之间存在后置法与前置法之间的关系。应该说,后置法与前置法的关系,既是对刑法与民法以及其他部门法之间关系的直观描述,也是对刑法与民法以及其他部门法之间关系性质的生动揭示。换言之,相对于其他部门法而言,刑法对民法以及其他部门法的依赖性更为明显。在一定的意义上也可以说,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。

刑法直接面对的是民法与行政法两个基本法律,因而其受民法与行政法的制约。一般而言,刑法与行政法的关系是十分明确且容易把握的,而刑法与民法之间的关系则是较为隐晦甚至被完全遮蔽的。例如,在刑法教义学中存在法定犯或行政犯与自然犯或刑事犯这对范畴。按照一般的理解,自然犯是自体恶,不同于法定犯的禁止恶。也就是说,自然犯的犯罪性是与生俱来的。因此,法定犯的司法认定需要参照行政法规,而自然犯则只需根据自身的行为特征进行认定。这

种观点看似具有一定的道理,然而在经过仔细思考之后就会发现其是存在疑问的。其实,自然犯也并非完全没有前置法,只不过它的前置法不是行政法而是民法。在古罗马法中就有公犯与私犯之分,其中,私犯最为典型的罪名就是盗窃和侵辱。<sup>①</sup>在此,盗窃是侵犯财产权的犯罪,而侵辱则是侵犯人身权的犯罪。此类犯罪,就其实质而言,与其说是刑事犯,不如说是民事犯。这里的民事犯是指以违反民事法规为前提条件而构成的犯罪,是相对于行政犯而言的。从这种意义上讲,所谓刑事犯并不是只有单一的刑法违反性,而是具有双重的违法性,即违反民法和违反刑法。因此,刑法中的犯罪都是以违反各种前置法为前提而成立的。即使是盗窃罪,似乎只是单纯违反刑法,而不像法定犯那样以违反行政法规为前提,实际上盗窃罪也具有违反前置法的性质,这个前置法就是民法。因为民法保护财产所有权,所以只有违反保护财产所有权的民法规范,才能为构成盗窃罪提供逻辑前提;反之,如果占有在民法上不受保护的财物,那么不可能构成刑法中的财产犯罪。例如,占有他人遗弃物是否构成犯罪,在很大程度上取决于遗弃物是否具有所有权并且受民法保护。遗弃物是原来的物权人放弃了对该物的所有权。虽然《民法典》对遗弃物没有作出规定,但是根据民法原理进行分析,原来的物权人既然放弃对该物的所有权,那么该物就处于无主状态,成为无主物。对于无主物,除了法律有特别规定的以外,先占者获得对该物的所有权。从这种意义上说,占有遗弃物的行为并未侵犯他人的所有权,因而不构成财产犯罪。因此,除了法定犯以外,其他的刑事犯罪在进行司法认同时,还是需要从其违反的前置法(这里主要是指民事法)的维度进行分析,只有这样才能正确认定犯罪。

那么,为什么在刑法教义学中,只有行政犯具有法定犯的性质,而民事犯并不是法定犯呢?这与我国刑法的立法模式以及对犯罪罪状的规定之间具有密切的关系。就立法模式而言,大多数国家的刑法采用刑法典、单行刑法和附属刑法 3 种立法形式。其中,刑法典主要规定的是自然犯,而在数量上远远超过自然犯的法定犯则规定在附属刑法中。在这种情况下,由于自然犯的构成要件行为具有性质上的反伦理性 and 客观上的类型性,并不需要对其违反的前置法专门加以规定,因此,自然犯的构成要件是以行为事实内容为主体的,并没有涉及违反前置法的规范要素。在这种情况下,德、日等国刑法教义学中的规范的构成要件要素并不是指犯罪所具有的前置法的违反性,而是指构成要件的规范评价要素。例如,德国学者在论及规范的构成要件要素时指出,规范的构成要件要素是指本来的法概念、与评价有关的概念和与意识有关的要素。其中,本来的法概念包括婚姻、法定的抚养义务、数据、文书、财产利益、公务员等,与评价有关的概念包括卑鄙的动机、暴力或其他专制手段、违反良好风俗等,与意识有关的要素包括侵犯他人的人格尊严、性行为、秘密等。<sup>②</sup>因此,根据德国学者的界定,所谓规范的构成要件,是指刑法分则关于罪状的描述相对于纯记述性的概念而言更具有规范性的概念。虽然从这种意义上理解规范的构成要件要素具有一定的意义,但是其意义还是极为有限的。我国刑法的立法模式不同于其他国家,由于立法机关试图制定一部统一的刑法典,因此在刑法典之外并不采用单行刑法与附属刑法的立法形式。在这种情况下,我国刑法就包含数量极为可观的行政犯。我国刑法对行政犯一般都规定以

<sup>①</sup> 参见[英]H·F·乔洛维茨、[英]巴尼·尼古拉斯:《罗马法研究历史导论》,薛军译,商务印书馆 2013 年版,第 217 页。

<sup>②</sup> 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社 2017 年版,第 367~368 页。

违反行政法规为前提,这种规定在我国刑法教义学中被称为规范的构成要件要素。<sup>①</sup>例如,我国刑法分则第3章规定的经济犯罪,一般都具有法定犯的性质,因为立法机关对大多数经济犯罪所违反的行政法规都作出了明文规定。其中,最为典型的是1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第225条规定的非法经营罪,以违反国家规定为前置条件。之所以规定规范的构成要件要素,是因为其与这些行政犯的性质具有重要的关系。此外,我国刑法分则第2章规定的责任事故犯罪大多数是业务过失犯。这种业务过失犯通常也具有法定犯的性质,立法机关通过规定其违反的行政法规来填补过失犯的客观构成要件。例如,1997年《刑法》第133条规定的交通肇事罪,是指违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财物遭受重大损失的行为。在此,立法机关对交通肇事罪的构成要件行为并没有做具体的描述,而代之以违反交通运输管理法规。在这种情况下,就应当根据交通运输管理法规去认定交通肇事罪的构成要件行为。从这种意义上说,规范的构成要件要素具有标示构成要件行为的特殊功能。

民事犯不同于行政犯,由于这些犯罪行为都是为公众所熟知的,立法机关在罪状中并没有规定违反民事法规的前置条件,因此并不具有规范的构成要件要素。例如,1997年《刑法》第258条规定的重婚罪,是指有配偶而重婚的,或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。重婚罪当然是以违反婚姻法为前置条件的,如事实婚姻是否属于婚姻法中的婚姻,事实重婚是否受法律保护,这些问题都与刑法中重婚罪的成立具有密切的关联。我国婚姻法曾经保护事实婚姻,因而事实重婚同样构成重婚罪。但在1994年2月1日《婚姻登记管理条例》公布实施以后,男女双方符合结婚实质要件的,人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记;未补办结婚登记的,按解除同居关系处理。也就是说,在法律上取消了事实婚姻的概念。在1994年2月1日《婚姻登记管理条例》公布实施之后,男女未补办结婚登记的,解除事实婚姻,也就是人民法院按解除同居关系处理。既然事实婚姻已不再是我国法律承认的婚姻,那么也就不能承认其为重婚罪中的婚姻。然而,1994年12月14日,最高人民法院《关于〈婚姻登记管理条例〉施行后发生的以夫妻名义非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪处罚的批复》(以下简称《批复》)规定:“新的《婚姻登记管理条例》发布实施后,有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活或者明知他人有配偶而与之以夫妻名义同居生活的,按重婚罪定罪处罚”。在这种情况下,刑法中的婚姻概念与婚姻法中的婚姻概念就产生了冲突。换言之,刑法中的婚姻概念没有与婚姻法中的婚姻概念在含义保持同一性。当然,最高人民法院于2013年1月14日发布的《关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第九批)的决定》第348条废止了上述《批复》。由此可见,刑法中的重婚罪是以违反婚姻法为其前置条件的,前置法的变更会影响犯罪的构成要件。然而,在刑法关于重婚罪的罪状规定中并没有违反婚姻法的内容。至于杀人、伤害、强奸等犯罪,更是直接规定构成要件行为,完全没有涉及其违反的前置法。唯一的例外是1997年《刑法》第253条之一设立的侵犯公民个人信息罪,立法机关规定以违反国家有关规定为前置条件,因而具有规范的构成要件要素。

立法机关对民事犯没有规定违反前置法的内容并不是民事犯不具有违反民事法规的性质,而是出于刑法立法的简便性与刑法条文表述的简明性的考虑。但是,刑法具有后置法的性质,可以说刑法中的绝大多数犯罪都具有违反前置法的内容,只不过立法机关未加以规定而已。例如,

<sup>①</sup> 参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2017年第3版,第198页。

杀人、伤害和强奸等人身犯罪,都是以侵犯公民人身权为内容的,而公民的人身权在《民法典》中是有明文规定的。同样,盗窃、诈骗、抢夺等财产犯罪,是以侵犯公民财产权为内容的,而公民的财产权在《民法典》中也是有明文规定的。在《民法典》总则第 5 章民事权利中,第 109 条规定“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”,第 110 条规定“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利”,第 114 条还规定“民事主体依法享有物权”。除了物权,《民法典》还规定“民事主体依法享有债权”。以上不完全的列举规定表明,民法确实是公民权利的大宪章。然而,这些公民权利仅依靠民法是难以完全实现的,还有赖于刑法作为坚强的后盾。因此,从某种意义上说,刑法是民法以及其他部门法的制裁力量。如果说民法具有赋权规范的性质的话,那么刑法就是制裁规范。刑法中的防卫权与避险权可以说是刑法中为数不多的授权性规定。然而,防卫权和避险权具有第二性权利的属性,第一性权利是公民的人身权利与财产权利,而这两种公民权利的来源仍然是民法。因此,刑法中的防卫权和避险权属于民法规定的人身权利与财产权利的派生权,具有对前者的从属性。从这种意义上说,刑法中的防卫权和避险权是依附于民法规定的人身权与财产权而存在的,并不是一种独立的权利类型。

在法理学中,经常讨论公法与私法的区分,一般认为行政法是公法,而民法是私法。那么,刑法到底是公法还是私法?如果仅仅从公法是限权法、私法是授权法的意义上说,那么刑法应当归入公法的范畴,我国刑法学界通常也是如此确定刑法归属的。然而,如果从保障法的意义上说,刑法既保障公法的实施,又保障私法的实施,是所有法律的制裁规范,那么刑法应当具有公法和私法的双重属性。

不可否认,在《民法典》颁布以前,我国刑法学界以行政犯为切入点,对刑法与行政法之间的关系进行了较为深入的研究,但对刑法与民法之间关系的研究则十分薄弱,甚至未进行具有实质价值的讨论。在《民法典》颁布以后,我国刑法学者应当从前置法与后置法的意义上对刑法与民法之间的关系进行深入的思考,并注重对民事犯的研究。这必将有利于强化民法对于刑法实施的规范功能。

## 二、法秩序统一原理

法秩序统一是指整个国家法律体系内部的协调一致。也就是说,一行为在某个部门法中被规定为违法,则不可能在另外一个部门法中被规定为合法,否则必然造成各部门法之间的矛盾。例如,民法中的合法行为,不可能在刑法中被认定为犯罪;反之亦然。

德国学者罗克辛认为,法秩序统一是一个双重的问題,可以从两个维度加以理解:第一,在刑法中,民法或者行政法中的合法性,是否能够在任何情况下都排除一个符合构成要件的举止行为的违法性?第二,在刑法中,民法或者行政法中的违法性,是否能够在任何情况下(包括某种举止行为符合构成要件)也具有刑法上的违法性?对于上述两个问题,罗克辛认为,对第一个问题的回答应当予以肯定,而对第二个问题的回答则具有或然性。在通常情况下,民法或者行政法上的违法行为同时符合构成要件的,就应当认为具有刑法上的违法性。然而,这个结论又不是绝对的。因此,罗克辛反对主流学者所持的统一的违法性概念。<sup>①</sup>法秩序统一主要应当体现在合法

<sup>①</sup> 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第397页。

性的统一上,至于是否具有统一的违法性,则是一个较为复杂的问题。当然,统一的违法性概念并不是否定民事违法、行政违法和刑事违法等在违法程度上的差异,而是说一行为在某个部门法中被认定违法决定了其在其他部门法中都只能获得违法的评价,而不可能是合法的。

根据法秩序统一原理,必然承认合法化事由的统一性,即在某个部门法中合法化的事由,可以成为在另外一个部门法中合法化的事由。正如德国学者所言,合法化事由应当是从整体法秩序中归纳出来的。这意味着无论是私法还是公法中的合法化事由均可以直接运用到刑法领域里,也意味着刑法中的特殊的合法化事由同样可使其他法领域里的行为被合法化。<sup>①</sup>由此可见,法秩序统一原理对刑法中的正当化事由的建构具有十分重要的意义。根据法秩序统一原理,民法规定的合法行为在刑法中不可能构成犯罪;反之,可以成为刑法中的正当化事由。

法秩序统一原理对于刑法与其前置法的关系而言,其含义只能是在前置法中合法的行为,在刑法中不可能被认定为犯罪,包括刑法既不能在立法上规定为犯罪,也不能在司法上认定为犯罪。因此,法秩序统一原理对于刑法的具体适用具有某种制约性,尤其是在犯罪认定的过程中,应当将那些在前置法中合法的行为排除在犯罪之外。当然,在认定前置法中的合法行为时,不仅要看其形式,而且要看其实质。例如,在司法实践中,对犯罪的认定往往采用实质判断的方法,以此认定构成要件行为。其中,较为常见的做法是进行“变相”的判断。在我国刑法立法中,也使用了“变相”一词,如1997年《刑法》第176条规定的非法吸收公众存款罪,是指非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融秩序的行为。这里的变相吸收公众存款行为是指从表面看不是吸收公众存款的行为,但从实质看是吸收公众存款的行为。因此,在认定非法吸收公众存款罪时,不能从形式上进行判断,而要从实质上进行判断。2010年12月13日,最高人民法院、最高人民检察院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第2条对12种吸收资金的行为以非法吸收公众存款罪定罪处罚,这12种吸收资金的行为都属于变相吸收公众存款行为。例如,《解释》第2条规定的第1种行为是:“不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的,以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方法非法吸收资金的”。这是以销售房产为名而行吸收资金之实的行为,因而将其认定为非法吸收公众存款罪是完全正确的。然而,这种“变相”的实质判断方法在刑法中并不是没有限制的。当某种行为在实质内容上符合前置法的规定,即属于合法行为时,就不能采用这种“变相”的判断方法。例如,1997年《刑法》第228条规定的非法转让、倒卖土地使用权罪,是指以牟利为目的,违反土地管理法规,非法转让、倒卖土地使用权,情节严重的行为。如果行为人将土地使用权直接转让或者倒卖给他人或者其他单位,那么就符合该罪规定的构成要件。然而,在现实生活中,为了规避刑事制裁,在非法转让、倒卖土地使用权案件中,公司股东通常采用转让股权的方式转让土地使用权。那么,这种行为是否构成该罪呢?这是在我国司法实践中长期存在争议的一个问题。对于这种行为,我国司法实务部门有不少人存在这样一种观点,即认为这是“变相”转让、倒卖土地使用权的行为,因而应当认定为非法转让、倒卖土地使用权罪。从形式上看,由于股权转让导致公司股东发生变更,土地权益随之发生变化,因此土地使用权发生了转移。然而,这种转让公司股权的行为在公司法上是完全合法的行为,如果在刑法上将其认定为犯罪,那么就会导致刑民之间的冲

<sup>①</sup> 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第438页。

突。笔者认为,对这种通过转让公司股权的方式在实质上转让土地使用权的行为,不能直接认定为非法转让、倒卖土地使用权罪。因为在通过采用转让公司股权的方式在实质上转让土地使用权的情况下,虽然从形式上看似乎发生了土地使用权的转让,但是实际上发生流转的是公司的股权,而土地使用权并未发生变更,土地使用权仍然归属于同一公司所有。公司股东转让其股权的行为在公司法上是完全合法的,转让股权的行为不仅具有转让的形式,而且具有转让的真实内容。如果把这种在民事法上合法的行为认定为刑事犯罪,那么必然造成各个部门法之间的冲突。我们应当秉持入罪以法、出罪以理的格言。这里的入罪以法,是指入罪须有法律规定,没有法律的明文规定不得入罪;而出罪以理,是指出罪无须法律的规定,完全可以以法理作为出罪的依据。须指出的是,不仅入罪以法符合罪刑法定原则,而且出罪以理同样符合罪刑法定原则。因为罪刑法定原则只是限制入罪,而不限制出罪。法秩序统一原理就是出罪以理中的“理”。在法秩序统一原理的指引下处理刑民关系时,要看某一行为在民事法上是否合法。如果其在民事法上是合法的,那么可以排除其成立犯罪。

从表面看,刑法与民法并无直接的交集,似乎刑法中的定罪与民法是没有关系的,其实不然。民法作为前置法对刑法中的定罪具有一定的限制功能,这主要表现在民法上的规定可以成为刑法中的违法阻却事由。例如,在刑法教义学中存在行使权利的法理,也就是说,只要是行使权利的行为就不能构成犯罪,因此,行使权利就成为刑法中的出罪事由之一。这里的行使权利自然包括行使民事权利。其实,正当防卫的法理根据之一也是行使权利,而这里的权利是指防卫权。因为行为人是在行使防卫权,所以即使其行为造成不法侵害人损害的结果,也不能构成犯罪。当然,行使权利行为不能构成犯罪也是存在限度的,如正当防卫不能超出必要限度。如果超出必要限度,那么仍然可以构成犯罪,即成立防卫过当。在人身犯罪和财产犯罪的认定中,都存在因行为人行使民事权利行为而不构成犯罪的情形。其中,较为常见的是行使民事权利行为对财产犯罪的阻却功能。例如,行使索赔权行为可以阻却敲诈勒索罪的成立。根据 1997 年《刑法》第 274 条的规定,敲诈勒索罪是指以暴力或者胁迫的方法,强行索要他人财物,数额较大或者多次敲诈勒索的行为。在某些案件中,即使行为人在客观上实施了上述行为,但如果具有行使民事权利行为的性质,那么不能构成该罪。我国有学者指出:“采用威胁手段行使财产权时,由于对方有向行为人(权利人)交付财产的义务,他并无实质上的财产损失,特别是在行为人采用胁迫手段从非法占有者(如盗窃犯)手中索回自己的财物时,更不可能发生侵害非法占有者之财产权的问题,因而不具备财产罪的本质,从而也就不可能成立作为财产罪之一的敲诈勒索罪。”<sup>①</sup> ① 在我国司法实践中,也确实存在以行使索赔权为由否定敲诈勒索罪成立的案例。例如,2006 年 2 月,黄静花费 20 900 元人民币购买一台华硕 V6800V 型笔记本电脑,后因故障不断与华硕公司进行多次交涉,并提出了 500 万美元的“惩罚性”赔偿,被警方以敲诈勒索罪刑拘,后被批捕。2007 年 11 月,北京市海淀区人民检察院作出不起诉决定后,又于 2008 年 9 月作出刑事赔偿确认书:“黄静在自己的权益遭到侵犯后以曝光的方式索赔,并不是一种侵权行为,反而是一种维权行为,所要 500 万美金属于维权过度但不是敲诈勒索”。<sup>②</sup> ② 这里的维权,就是行使索赔权,因而该案是一个十分典型的因属于行使民事权利行为而从敲诈勒索罪的指控中出罪的案例。当然,在现实生活中,如何

① 刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 300~301 页。

② 转引自符向军:《“天价索赔”不等于敲诈勒索》,《人民法院报》2015 年 7 月 28 日。

区分行使民事权利行为与敲诈勒索罪是一个较为复杂的问题,确实存在行为人行使民事权利行为被以敲诈勒索罪追究刑事责任的案例。在司法实践中,较为常见的还有为索要债务而非法扣押、拘禁他人的案例,对于此种情形,1997年《刑法》第238条第3款规定,以非法拘禁罪定罪处罚,而不是以绑架罪论处。也就是说,只能根据手段行为定罪,而不能认定为财产犯罪。该规定背后的法理就是行使债权的行为不能构成财产犯罪。此外,在司法实践中,还有以行使债权为由秘密占有转移他人财产的行为,对这种行为能否认定为盗窃罪,也是存在争议的。根据行使民事权利的行为不能构成犯罪的法理,这种行为当然不能构成盗窃罪。

不仅行使民事权利的行为不能构成犯罪,而且履行民事义务的行为也不能构成犯罪。在民法中,与民事权利相对应的是民事义务。如上所述,行使民事权利的行为不能构成犯罪,那么履行民事义务的行为是否构成犯罪呢?例如,某甲因为杀人被通缉,想要逃跑。为了筹集外逃经费,甲找到乙。一年前乙曾经向甲借款10万元,借期一年,正好期限届满。乙明知甲杀人,且知道甲要外逃,仍将10万元借款的本金连同利息归还给甲。甲利用这笔资金外逃,一年以后才被抓获归案。根据1997年《刑法》第310条的规定,乙的上述行为完全符合包庇罪的构成要件。包庇罪是指明知是犯罪的人而为其提供财物,帮助其逃匿或者作假证包庇的行为。那么,乙的行为能否被认定为包庇罪呢?在该案中,乙的行为虽然符合包庇罪的构成要件,但是该行为同时又是民法上的履行债务的行为,并且是民法上的合法行为。如果将乙的行为认定为包庇罪,那么就是将民法上的合法行为在刑法中认定为犯罪。这显然违反法秩序统一原理。因此,乙虽然实施了包庇行为,但是基于法秩序统一原理,不能将其认定为包庇罪。如果乙于事后报警,那么其当然履行了举报犯罪的义务。即使其于事后没有报警,也只能承担知情不报的责任。由此可见,根据法秩序统一原理,前置法中的合法行为可以成为刑法中的违法阻却事由。

此外,正当业务行为也是刑法中的一种违法阻却事由。正当业务行为,是指为从事合法的行业、职业、职务等活动而实施的行为。在正当业务行为中,就包含正当的民事业务行为。例如,出租车司机从事客运业务就是一种基于承运合同而实施的交通运输业务。行为人乘坐出租车前往某个小区盗窃,如果司机根本不知情,那么当然不构成盗窃罪的共犯。如果司机事先不知情,但在运输途中知情且仍然履行承运合同完成承运业务的,在这种情况下,司机能否构成盗窃罪的共犯呢?这里涉及所谓中立的帮助行为的法理。笔者认为,履行承运合同是民法上的业务行为,不能据此将司机的承运行为认定为犯罪。

### 三、刑法的从属性与独立性

如前所述,在法律体系的视野中,刑法是其他部门法后置法,而其他部门法则是刑法的前置法,因而刑民关系具有前置法与后置法之间关系的性质。这种性质决定了作为后置法的刑法对作为前置法的民法具有一定的从属性。然而,这种从属性并不是绝对的,而是相对的。从这种意义上说,刑民关系具有双重性:既具有一定的从属性,又具有一定的独立性。应当指出,我国刑法学界对刑民关系的从属性与独立性问题并没有进行深入的研究,而对刑行关系,即刑法与行政法之间的关系则进行了系统的论述。例如,我国有学者讨论了犯罪的行政从属性问题,即在判断犯罪成立与否时,需要依附、根据、参考相关行政法律规范的规定或行政行为的实施。简言之,犯

罪行为的认定取决于行政规范或行政行为。<sup>①</sup> 刑法除了具有行政从属性,还具有民事从属性。民法作为刑法的前置法,民法规范对于刑法中的定罪活动具有一定程度的制约性。只有正确对待民法,刑法中的定罪活动才能获得正当性。

### (一)刑法对民法的从属性

刑法对民法在一定程度上具有从属性,决定了民法规范对刑法中的定罪活动具有重大的影响。根据罪刑法定原则,刑法中的定罪以刑法的明文规定为依据是没有疑问的。然而,刑法对罪状的规定在某些情况下采用概括性条款甚至兜底式条款的方式,也就是说,刑法只是规定了犯罪的基本框架,而具体内容还有待司法机关进行填补。在这种情况下,民法对刑法中的定罪活动就具有参照功能,并且,民法规范的变更也会对定罪活动带来重大的影响。如果民法对某一事项或者行为有明文规定,那么对刑法中的定罪活动具有重大的指导意义。如前所述,民法对刑法来说是前置法,民事法律关系的主体是人,客体是物。民法对人和物都作出了具体的规定,这些规定对刑法中侵犯人身罪和侵犯财产罪的司法认定具有重要的意义。在对侵犯人身罪和侵犯财产罪进行解释时,都离不开民法的指导。由于刑法作为后置法,是以前置法为基础的,在刑法的解释适用上也应当参照前置法的规定,因此,在刑法解释中应当遵循以法律解释法律的原则,在对刑法进行解释时应当根据前置法的规定。例如,法定犯是以行政法为前置法的,行政犯与行政法规往往具有对应关系。在这种情况下,行政法规关于某些概念的规定以及一些具体的适用规则,对于法定犯的认定具有重要的参考价值。又如,虚开增值税专用发票罪对应于《中华人民共和国增值税暂行条例》(以下简称《增值税条例》)的规定,在认定该罪时,对虚开增值税专用发票和抵扣税款等概念的理解,都应当参照《增值税条例》的相关规定。而走私罪则对应于《中华人民共和国海关法》(以下简称《海关法》)的规定,对走私行为和走私数额等标准的理解都应当参照《海关法》的相关规定。而对侵犯人身罪和侵犯财产罪的认定,则应当参照民法的相关规定。

#### 1.民法与侵犯人身罪的解释适用

侵犯人身罪是我国刑法分则第 4 章规定的犯罪,属于侵害个人法益的犯罪,在刑法中具有重要的地位。侵犯人身罪的客体包括人的生命、健康、人格、隐私等各种权利,这种人身权利在民法中都有明文的规定,是民法所保护的民事权利。民法关于民事权利的规定,为刑法中侵犯人身罪的立法和司法提供了法律依据。例如,《民法典》第 1 编第 2 章的标题是自然人,其中第 13 条规定:“自然人从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务”。该法典第 16 条还专门对胎儿的民事权利问题作出了规定:“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的,胎儿视为具有民事权利能力。但是,胎儿娩出时为死体的,其民事权利能力自始不存在。”根据以上规定,胎儿在民法上不能被认定为人,不具有自然人的民事权利能力。但在某些特殊情况下,具有一定的民事权利能力。这种对自然人及其胎儿民事权利能力的规定,对于正确界定刑法中的人以及对故意杀人罪和故意伤害罪的认定具有重要的意义。基于胎儿不是法律上的人的规定,故意或者过失致使怀孕妇女流产的,不能构成故意杀人罪。

民法规定的人身权利是一种自主权,也就是按照自己的意愿处分或者处置的权利。例如,他人的生命权不能侵犯,否则构成故意杀人罪。但自杀不是犯罪,自动安乐死也不是犯罪,因为这是对本人生命的处置。然而,教唆或者帮助自杀或者实施安乐死的辅助行为却有可能构成犯罪。

<sup>①</sup> 参见刘夏:《犯罪的行政从属性研究》,中国法制出版社 2016 年版,第 9 页。

当然,我国刑法对此没有作出明文规定,只有在符合故意杀人罪构成要件的情况下才构成该罪。此外,健康权也是一种人身权利,侵犯他人健康权达到轻伤以上程度的,构成故意伤害罪。那么,自伤、自残是否构成犯罪呢?既然自杀都不构成犯罪,那么自伤、自残行为自然也不能构成犯罪。然而,1997年《刑法》第434条规定了战时自伤罪。该罪是指战时自伤身体以逃避履行军事义务的行为。据此,能否说刑法把自伤行为规定为犯罪了呢?其实,该罪的实质是逃避履行军事义务,而自伤只不过是逃避履行军事义务的手段。因此,该罪惩罚的并不是自伤行为,而是以自伤为手段逃避履行军事义务的行为。人身权利本身是相对的而不是绝对的,当行为人采用损害本人人身权利的手段去达到不法目的时,刑法完全可以将该种行为设置为犯罪。

## 2.民法与侵犯财产罪的解释适用

由于刑法中的财产犯罪都是与民法关于财产所有权的规定密切相关的,因此,只有深入理解民法关于财产所有权概念和特征的规定,才能正确认定刑法中的财产犯罪。民法规定的自然人的民事权利既包括人身权利,又包括财产权利。《民法典》第113条规定:“民事主体的财产权利受法律平等保护。”我国刑法分则第5章规定侵犯财产罪,就是对自然人的财产权利进行刑法保护。当然,也包括对法人或者非法人团体的财产进行刑法保护。

由于刑法关于财产犯罪的规定是以一定的财产关系为规范内容的,因此,在财产犯罪的司法认定中应当注重财产关系在财产犯罪中的性质与地位,由此正确区分罪与非罪和此罪与彼罪的界限。例如,我国刑法规定了侵占罪与职务侵占罪,两罪的基本特征都是将本人占有的他人或者单位财物非法据为己有。其中,侵占罪是将代为保管的他人财物据为己有,而职务侵占罪是将基于职务而占有的本单位财物据为己有。在司法实践中,在一般情况下,两罪之间的界限是容易区分的,但在某些复杂情况下,如果对财物的占有状态不能进行正确的认定,那么就会混淆两罪之间的界限。例如,甲系某私营企业的财会人员,某天该私营企业老板交给甲10万元,让其以股东出资的名义入账,用于企业经营活动。甲拿到10万元以后并没有入账,而是用于个人开支,直至案发尚未归还。对于该案,控方指控被告人甲构成职务侵占罪,因为甲系私营企业工作人员,该10万元系单位财物,因而符合公司、企业工作人员利用职务上的便利,侵占本单位财物的职务侵占罪的构成要件。然而,控方对上述10万元财物占有状态的认定是错误的。如果甲将10万元入了单位的财务账户,然后利用职务上的便利将10万元据为己有,那么当然构成职务侵占罪。然而,在该案中,私营企业老板将10万元交给甲以后,甲在尚未入账的情况下就将该款据为己有。此时,这10万元还不是单位的财物,而是私营企业老板的个人财物。甲是受委托将10万元入账,而在入账之前,这10万元是甲代为保管的他人财物,将该财物据为己有的,构成侵占罪。对此类案件的分析,财物的所有权占有状态和转移时点,对于案件的定性具有十分重要的意义。

财产的归属,也就是财产的所有权,是民法中的一个重要问题。在刑法适用中能否正确判断财产的归属,对于财产犯罪的认定具有指导作用。例如,1997年《刑法》第171条和第172条分别规定了职务侵占罪和挪用资金罪,对于侵占和挪用的对象——财物或者资金——的归属都作出了规定:职务侵占罪侵占的是“本单位的财物”,挪用资金罪挪用的是“本单位的资金”。因此,在具体的案件中,虽然行为人实施了侵占或者挪用行为,但是侵占或者挪用的是否本单位财物或者资金,对于犯罪的成立与否具有重要的意义。例如,被告人甲系某公司的大股东,占股份的90%,经与乙协商,签订了《公司股权转让协议书》,将该公司100%的股权以500万元转让给乙。由于股权转让合同未经律师审查,因而不符合规范。在该协议书中,出让方写的是公司,而甲作

为公司的法定代表人签了名。根据协议的约定,乙将 500 万元股权转让款如数打入了公司的账户。在此期间,甲动用该笔款项用于个人经营活动和消费。此后,因为客观原因,股权未能办理有效的工商行政注册登记手续。在这种情况下,乙要求公司归还股权转让款。甲已经动用 400 万元,因而只归还了 100 万元,另外 400 万元未能及时归还。为此,乙向公安机关举报甲涉嫌挪用资金罪。经过审查,起诉书认定甲利用担任某公司法定代表人职务的便利,挪用公司财产归个人使用,数额巨大,其行为构成挪用资金罪。这个案件从形式上看,甲确实挪用了公司的资金,似乎可以构成挪用资金罪,但在甲代表公司与乙签订的《公司股权转让协议书》中,出让方不应该是公司,而应该是公司的股东。因此,乙打入公司的 500 万元并不是公司的财产,而是公司股东转让股权的收入。在这种情况下,甲动用该 400 万元资金并没有侵犯公司财产使用权,不属于挪用本单位的资金,因此不能认定成立挪用资金罪。

需要指出的是,在刑法关于财产犯罪的规定与民法关于财产权利的规定之间存在某种空隙,两者并不完全协调。我国刑法规定的财产犯罪将财物规定为财产犯罪的客体,而这里的财物是物权的客体。《民法典》第 114 条规定:“民事主体依法享有物权。物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。”刑法中的财物就是民法所说的特定的物。由此可见,我国刑法规定的财产犯罪以保护物权为限,而并没有涉及对债权的保护。民法规定的公民财产权利,除物权外还包括债权。《民法典》第 118 条规定:“民事主体依法享有债权。债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定,权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”从民法关于物权和债权的规定看,两种财产权利的性质与内容是完全不同的:物权是对物的一种排他性权利,而债权只是基于合同或者其他法律行为而产生的一种请求权。

值得注意的是,《民法典》没有规定债的法律关系,取而代之的是合同,合同是具体之债。在民法学中,债是按照合同的约定或依照法律规定在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。《民法典》规定了各种典型合同,其中包括借款合同,债权与债务关系一般出现在借款合同之中。这种意义上的债比较符合现实生活中债的含义。然而,《民法典》中的债除了现实生活中的债以外,还包括根据其他合同产生的债,如《民法典》规定的买卖合同也是债的关系。可以说,所有民事法律关系都是债的关系。其中,享有权利的人称债权人,履行义务的人称债务人。

虽然我国刑法关于财产犯罪的规定是既保护物权又保护债权,但是在关于财产犯罪的具体规定中只涉及财物的概念而没有涉及债权的概念。因此,我国刑法关于财产犯罪的规定是否保护债权,在刑法教义学中是存在争议的。这种争议主要表现为财产性利益是否属于财产犯罪的保护法益?这里的财产性利益就是指民法中的债权。

从德、日等国刑法的规定看,刑法以保护物权为原则,以保护债权为例外。在关于财产犯罪的规定中,如果没有明文规定,那么只保护物权;只有在有明文规定的情况下,债权才受刑法的保护。例如,《日本刑法典》关于财产犯罪的规定,其对象通常是财物,这里的财物是指物权的对象。只有在关于诈骗罪的规定中,才设立了利益诈骗罪,以此保护债权。虽然我国刑法对此没有作出明文规定,但是在现实生活中同样存在债权受到不法侵害的问题。对此该如何处理呢?现在我国较为通行的观点是刑法中的财物既包括物权,也包括债权,从而为惩治侵害债权的行为提供了刑法根据。例如,2014 年 4 月,最高人民检察院《关于强迫借贷行为适用法律问题的批复》(以下简称《批复》)指出:“以暴力、胁迫手段强迫他人借贷,属于《刑法》第 226 条第 2 项规定的‘强迫他

人提供或者接受服务’，情节严重的，以强迫交易罪追究刑事责任；同时构成故意伤害罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。以非法占有为目的，以借贷为名采用暴力、胁迫手段获取他人财物，符合《刑法》第 263 条或者第 274 条规定的，以抢劫罪或者敲诈勒索罪追究刑事责任”。《批复》描述的上述两种情形：第一种是强迫他人借贷，存在真实的借贷关系，因而不构成财产犯罪，而构成强迫交易罪；第二种是强迫他人形成债权债务关系，即在没有真实借贷关系的情况下签写借条，然而以此借条为依据强行索要财物。在这种情况下，根据《批复》的规定，应以抢劫罪或者敲诈勒索罪论处。这是将债权作为物权保护的一个适例。因此，我国刑法对债权如何进行保护，是单独加以规定如同物权一样进行保护，还是采用扩张解释的方法对债权的保护适用物权保护的规定，是一个值得思考的问题。

在司法实践中，绝大多数财产犯罪案件都是以物权为侵害客体的，然而还是存在某些以债权为侵害客体的财产犯罪案件，并且，这种以债权为侵害客体的财产犯罪案件在定性上更为复杂。如果没有物权与债权相区分的观念，那么就难以对这种侵害债权的案件做出正确的分析与判断。例如，甲是某公司房产销售人员，乙通过甲购买了该公司的一处房产，交付全部购房款 34 万元。后甲欺骗乙签订了更名申请承诺书，将该房屋以 35 万元出卖给丙，并为丙办理了房产证，且丙实际占有了该房屋。笔者把该案称为“骗取更名案”。在“骗取更名案”中，被害人是谁？对此认识不一：有人认为被害人是乙，有人认为被害人是丙。此外，在“骗取更名案”中，财产损失人是乙还是丙？诈骗数额是 34 万元还是 35 万元？对这些问题都存在不同的意见。对此，如果我们以行为分析法进行分析，那么就会发现“骗取更名案”中存在两个行为：第一个行为是甲欺骗乙签订更名申请承诺书，第二个行为是甲利用更名申请承诺书将房屋出卖给丙。这两个行为前后发生，并互为因果。甲在骗取乙的更名申请承诺书以后才能得以根据该承诺书办理更名手续，将购房人由乙变更为丙，并为丙办理房产登记。下面，笔者对这两个行为进行法教义学的分析。

第一个行为是甲骗取乙签署更名申请承诺书行为。这是一种欺骗行为。从后果看，正是这份材料使乙丧失已经购买的房产。那么，能否据此将该案认定为诈骗案件呢？诈骗行为是指虚构事实，导致他人产生认识错误，基于认识错误而交付财物。但在该案中，甲虽然实施了欺骗行为，但欺骗行为并没有直接获得房产，乙也没有交付房产的意思和行为，因此并不符合诈骗罪的直接性原则，不能认定为诈骗罪。那么，这份更名申请的性质是什么呢？从民法的角度看，更名申请的内容是债权转让。在更名之前，乙与开发商之间签订房屋买卖合同并交付购房款 34 万元，由此形成乙对开发商的债权。因此，更名的性质不是退房，退房属于废除房屋买卖合同。更名是在购房合同有效的前提下改变买受人，因而属于债权转让。

第二个行为是甲利用骗取的更名申请承诺书将乙的债权转让给丙，并取得 35 万元购房款。在更名以后，甲将乙对开发商的债权转让给了丙，不过丙并不是无对价取得债权，而是向甲交付了 35 万元。在这一债权转让的过程中，开发商是无过错第三人。甲的更名行为虽然以乙签名的更名申请承诺书为依据，但是该承诺书是甲骗取的，其内容并没有得到乙的许可。因此，甲是在乙不知情的情况下擅自处分乙的债权，在盗窃罪的客体包括债权或者其他财产性利益的情况下，甲的这一行为具有盗窃的性质。

通过以上分析可知，在“骗取更名案”中涉及物权与债权的区分。在上述案件中，在对甲的行为进行分析时，如果采用债权债务的概念分析乙与开发商之间的法律关系，以及更名所带来的这种法律关系内容的变化，那么更容易接受对甲行为的定性。事实上，甲第一阶段行为——骗取乙

的更名申请承诺书行为——并没有实际骗取房产,并且房产尚未交付与登记,客观上也不存在骗取房产的可能性,只有第二阶段的行为实际处分了乙的债权,并且侵害了乙的债权,因而具有法益侵害性。因此,该行为才是构成要件行为,应当根据该行为对甲的行为进行定性。这种未经他人同意处分他人债权的行为与盗窃罪的性质最为接近,将该行为认定为成立盗窃罪是合适的。

“骗取更名案”虽然复杂,但是我们可以用一个简化版的案例来说明:甲以非法占有为目的欺骗乙,让乙把手机借给甲使用。甲拿到手机以后,假装打电话,乘乙不备,拿着手机潜逃,将乙的手机据为己有。这就是“骗打手机案”,并且在司法实践中多次发生。在此,存在两个行为:第一个是骗取手机行为,第二个是占有手机行为。在分析这个案件时,容易发生的错误是根据骗取手机的行为将甲的行为认定为诈骗罪。但这里的骗取手机行为之所以不能认定为诈骗罪,是因为不存在交付行为,占有没有发生转移。乙将手机交给甲,只是让甲在乙的监视下使用手机,因此,手机仍然处在乙的占有之下。只有第二个行为,才导致乙丧失对手机的占有,而该行为具有秘密窃取的性质,构成盗窃罪。我们将“骗打手机案”与上述“骗取更名案”相比较可以发现,“骗打手机案”的客体是手机,属于物,侵害的是物权,而“骗取更名案”的客体是债权。另外,在“骗打手机案”中只有甲与乙两人,而在“骗取更名案”中还有第三人——开发商。尽管上述两个案件的原理基本类似,但是在“骗打手机案”中行为人的行为属于侵犯物权的财产犯罪,而在“骗取更名案”中行为人的行为属于侵犯债权的财产犯罪,因而对后者的认定比对前者的认定更为复杂。

## (二)刑法对民法的独立性

虽然刑法对民法具有从属性,但是这种从属性并不是绝对的,而是相对的。在某些情况下,刑法对民法又具有一定程度的独立性。刑法之所以不是完全附属于民法,而是具有其独立品格,主要是因为刑法在性质上不同于民法,刑法的特殊调整手段决定了其具有达到目的的特殊路径与方法,因而不能完全依附于民法。

刑法作为后置法,其部分犯罪是以违反民法规范为前提条件的,因而刑法中的某些概念具有与民法中的概念的同一性,如刑法中的人、财物等基本概念的含义应当与民法中的概念的含义保持同一性,参照民法的规定理解这些刑法概念是完全正确的。从这种意义上说,民法概念具有对刑法的制约性。然而,在某些情况下,刑法会作出不同于民法的规定,以此表明刑法对每个问题的特殊立场,因此,应当注意刑法规定与民法规定的区分。例如,民法有关于拾得遗失物的规定。《民法典》第 314 条规定:“拾得遗失物,应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取,或者送交公安等有关部门。”在此,民法采用的是遗失物的概念。1997 年《刑法》第 270 条第 2 款规定的侵占罪,是指侵占他人的遗忘物。在此,刑法规定的是遗忘物。那么,刑法为什么采用遗忘物的概念而没有采用民法中遗失物的概念呢?在德、日等国的刑法中,其关于侵占罪的规定都与民法的规定保持一致,称为遗忘物。我国立法机关指出,这里所说的“遗忘物”,是指由于财产所有人、占有人的疏忽,遗忘在某处的物品。在实践中,遗忘物与遗失物是有区别的。遗忘物一般是指被害人明确知道自己遗忘在某处的物品,而遗失物则是指失主丢失的物品。对于拾得遗失物未交还失主的不得按照侵占罪处理。<sup>①</sup>由此可见,从立法本意上讲,在刑法中采用遗忘物而不是遗失物的概念,主要目的在于限缩侵占罪的范围。也就是说,遗忘物的范围较窄,而遗失物的范

<sup>①</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2009 年版,第 564 页。

围较宽。当然,遗忘物与遗失物在客观上能否区分是另外一个值得研究的问题。从以上刑法与民法用词的差异看,刑法并不完全附属于民法,而是在某些情况下具有自身特殊的立法考量。

民法虽然相对完善,但是也并非没有疏漏。例如,物是《民法典》物权编的一个核心概念,世界大多数国家的民法典都使用了物的概念。由于争议较大,因此我国在制定物权法时就没有使用物的概念。此次《民法典》仍然没有对物的含义作出规定,只是在《民法典》第115条对物的类型作出了规定:“物包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的,依照其规定”。《民法典》关于物的概念缺失,不仅会影响民事案件的审理,而且会给犯罪的认定带来一定的难度。例如,如何认定网络虚拟财产的法律属性,就是一个十分依赖对物的概念进行界定的问题。《民法典》第127条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”该条规定提及网络虚拟财产,是对传统民法的一大突破。然而,《民法典》并没有对虚拟财产的法律属性以及法律保护问题作出明文规定,因而使得其关于虚拟财产的规定仅具有提示性或者照应性规定的性质。这是其不足之处,也为对虚拟财产法律属性的争论留下了较大的空间。从司法实践的层面看,围绕虚拟财产的民事纠纷和刑事犯罪几乎是同时进入审判视野的。在当时法律和司法解释对虚拟财产没有规定的情况下,司法机关如何应对虚拟财产的民事和刑事保护问题就成为一个十分突出的问题。就刑事审判而言,对虚拟财产最初是按照财产进行保护的,对侵犯虚拟财产的行为按照财产犯罪处罚。此后,随着我国刑法规定了非法获取计算机信息系统数据罪,在我国司法实践中,对虚拟财产的司法保护路径发生了重大变化,即从作为财物进行保护转变为按照计算机信息系统数据进行保护。民法虽然没有明确将虚拟财产规定为物,但是对虚拟财产的法律地位还是予以肯定的。在这种情况下,刑法如何实现对虚拟财产进行保护的目标就成为一个值得研究的问题。

虽然刑法对民法具有一定的独立性,但是这种独立性应当受到严格限制。例如,民法没有规定为违法的行为能否在刑法中规定为犯罪,就是一个值得研究的问题。这个问题在刑法与行政犯的关系中同样存在。当然,如果民法或者其他前置法没有规定为违法的行为可以通过刑法解释的方法归入某个犯罪,那么在这种情况下该行为被当作犯罪处罚是没有问题的。但是,如果民法或者其他前置法没有规定为违法的行为又不能通过刑法解释归入某个犯罪,那么在这种情况下以刑法立法的方式规定为犯罪,就是刑法作为后置法对前置法的一种越位,其正当性就值得质疑。因此,民法或者其他前置法对于作为后置法的刑法的限制,既体现在司法活动中,又体现在立法过程中。

#### 四、刑法的谦抑与民法的扩张

无论是从外国的法律发展史看,还是从我国的法律发展史看,刑法和民法都是最古老的法律。然而,不同法系的国家对刑法与民法的重视程度是有所不同的,对此可以追溯到不同法系的起源。

我国古代的法律,无论是唐宋时期的法律,还是明清时期的法律,都是以刑律作为基本法律框架的。在一定程度上,民法规范寄生在刑法之中。违反民事法律的行为,会受到刑事处罚。也就是说,民法没有自身独立的违法处罚,而以刑罚作为处罚方法。因此,中华法系是以刑法为主导的。例如,我国第一部成文法——春秋时期李悝创制的《法经》——包括《盗法》《贼法》《囚法》

《捕法》《杂法》《具法》等 7 篇。可以说,《法经》基本上是一部刑事法典,内容包括刑法、刑事诉讼法和监狱法。根据李悝的说法,王者之政莫急于盗贼,因而将《盗法》与《贼法》置于《法经》之首。后世的刑律,包括汉唐律和明清律,基本上都是诸法合体,以刑为主。直到清末法律改革,我国引入大陆法系国家的法典体例,刑民才得以分立。由此可见,重刑轻民在我国是具有历史传统的。相比较而言,作为大陆法系的最初形态,古罗马法却是以民法为主导的,如古罗马市民法的主要内容是人法、物法、诉讼法,以及侵权法,而刑法是从民法中的侵权法发展起来的。因此,以罗马法为基础的大陆法系十分重视民法。例如,古罗马法的第一部成文法《十二铜表法》,内容包括传唤、审理、索债、家长权、继承和监护、所有权和占有、土地和房屋、私犯、公犯、宗教法等。由此可见,古罗马法虽然也是诸法合体,但其内容以私法为主。《法经》和《十二铜表法》都制定于公元前 4 世纪至 5 世纪,然而,在内容上却存在如此大的差异。这是令人诧异的。从以上中华法系与大陆法系演变过程的对比可以看出,不同法系演变的路径是不同的,由此造成在各国法律体系中刑法与民法具有不同的地位。在现代社会,刑法与民法承担着各自的功能,因而刑民并举共同发挥作用,就成为必然的选择。

我国民法学者王利明教授提出了“民法要扩张,刑法要谦抑”的命题,并指出:“在现代社会,对于相关的法律纠纷,如果能够通过民法解决,而且能够有效,则应当尽可能通过民事责任的方式解决,而无须动用刑罚。只有在民法的方法无法很好解决相关纠纷,而且相关行为可能危及公共安全和公共秩序时,才有必要动用刑法。所以,民法应当扩张,而刑法则应当谦抑,这样才能最好地保护公民的各种合法权益,尤其是公民的人身权和财产权,并确保将以刑法为代表的公权力限制在合理的范围之内,同时有效地发挥刑法应有的惩治和预防犯罪、维持社会秩序的功能”。<sup>①</sup>在此,王利明教授对民法与刑法各自的功能做了对比性的论述,提出刑法功能具有补充性,只有在民法不能解决问题的情况下,刑法才能介入。笔者认为,王利明教授的这种见解值得重视。

不可否认,当今我国还存在重刑主义思想,在社会治理过程中,过于倚重刑罚。刑法与民法是社会治理的两种法律手段,如果在社会治理过程中过分依赖刑法,那么刑法的作用会受到不适当的强调,而民法的功能相应地就会受到限缩,因为刑法与民法之间存在某种此消彼长的关系。由于历史的原因,我国存在重刑轻民的倾向。例如,我国有学者提出了刑法过度化的命题,并对刑法过度化的现象进行了描述,主要表现为以下 4 个方面:(1)背离刑法的性质,导致刑法扩张、其他部门法不扬,造成刑法与其他部门法“角色定位”混乱。(2)背离刑法的机能,强化社会保护而忽视人权保障。过度刑法化本身就是将不构成犯罪的行为作为犯罪进行惩罚,实质上是通过“合法的”形式侵害公民的自由和权利。(3)背离刑法的功能,导致社会管理手段弱化。过度刑法化导致刑法扩张、其他部门法萎缩,其结局就是其他部门法的预防机制匮乏,并最终导致社会管理手段弱化。(4)注重刑法实用主义,导致刑法庸俗化,刑法成为随时都可以使用的工具,工具主义思想泛滥,刑法威严扫地。<sup>②</sup>在笔者看来,从某种意义上讲,刑法过度化的现象确实存在,这是重刑轻民的必然结果。刑法过度化主要表现在泛刑法主义和重刑主义两个方面。

泛刑法主义是指无限扩张刑法的处罚范围,以刑罚处罚代替民事制裁和行政处罚。在这种情况下,刑法就直接演变为民法、行政法的制裁规范,挤压甚至侵占了民事制裁和行政处罚的空

① 王利明:《民法要扩张,刑法要谦抑》,《中国大学教学》2019 年第 11 期。

② 参见王强军:《社会治理过度刑法化的隐忧》,《当代法学》2019 年第 2 期。

间,就出现了刑法扩张而民法不张的现象。例如,在刑民交叉案件的认定与处理中,就存在将刑民两种不同性质的行为混同的危险。刑民交叉案件是指刑事法律关系与民事法律关系纠缠在一起的案件,在刑民交叉案件的认定中,应当正确区分刑事犯罪与民事不法,避免将民事不法认定为刑事犯罪。在合同纠纷案件中就存在如何划分合同欺诈与合同诈骗界限的问题。合同欺诈是民事欺诈的一种类型,而合同诈骗则是刑法中诈骗罪的一种特殊类型。民法对民事欺诈作出了规定,民事欺诈是民事法律行为撤销的事由之一。《民法典》第148条规定:“一方以欺诈手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”在合同的签订、履行过程中,存在民事欺诈就会导致合同被撤销。而合同诈骗罪是指通过签订、履行合同骗取合同相对人合同项下的财物,因而不仅是一个合同无效的问题,而且构成刑法中的合同诈骗罪,应当承担刑事责任。显然,合同诈骗罪中的诈骗与合同撤销事由中的欺诈在性质上是不同的,不能将二者相混淆。在合同诈骗罪的认定中,如何将其与合同欺诈相区分是一个较为困难的问题。笔者认为,区分二者的关键在于欺骗的内容不同:合同欺诈只是就合同的标的、数量、规格等事项进行欺骗,但行为人仍然意欲通过履行合同获取利益;而合同诈骗罪则是就合同标的是否存在、合同是否实际履行等根本性问题进行欺骗,被告人从根本上就不想履行合同,合同只是其骗取他人财物的手段。即使在个别情况下部分履行合同或者先履行小额合同,也是为了迷惑他人继而实施合同诈骗罪。在区分合同诈骗罪与合同欺诈时,应对民事欺诈的构成要件加以把握。如果不能正确区分合同诈骗罪与合同欺诈,那么就会混淆刑法与民法的界限,将民事不法行为作为刑事犯罪处理,从而违反刑法谦抑原则。

重刑主义是指对犯罪设置较重的刑罚,并且在司法实践中对犯罪判处较重的刑罚。重刑主义可以分为立法上的重刑主义和司法上的重刑主义。从总体看,我国刑法中的刑罚还是较重的。当然,刑罚轻重的比较有两个维度:第一个维度是纵向比较,第二个维度是横向比较。就纵向比较而言,我国刑罚是逐渐降低的,从《中华人民共和国刑法修正案(八)》开始废除死刑罪名,是刑罚降低的一个重要标志。就横向比较而言,我国的刑罚比世界上绝大多数国家的刑罚都要重,主要表现在死刑的设置上。当然,目前我国的刑罚不仅仅是一个重还是轻的问题,而是刑罚的结构失衡,即死刑过重,生刑过轻,因此,对我国的刑罚结构应做适度的调整。

当然,我们也应当注意到目前我国的刑法立法仍然在不断增设罪名、扩大犯罪圈。这主要是由我国二元的处罚体制所决定的。这里所说的二元处罚是指治安处罚和刑罚处罚。随着刑事法治的发展,治安处罚会逐渐萎缩,而刑罚处罚会有一定程度的扩张,其主要表现为轻罪体系的形成,以此取代治安处罚。从近些年来刑法修正案的规定看,确实反映出刑法立法的扩张趋势。显然,刑法不能过度扩张,而是应当为其他法律处罚留下足够的空间。刑法具有最后手段性,凡是能够采用其他法律手段制裁的,就不应当动用刑罚,因此,必须坚守刑法谦抑的底线,避免刑法被滥用。与此同时,刑罚结构还要进行合理的调整,逐步废除死刑,改变重罪与轻罪失衡的状况,适当增设轻罪。从司法方面讲,惩治犯罪的活动应当恪守罪刑法定原则,只能在刑法规定的范围内认定和处罚犯罪,不能超越法律的限度。避免对社会生活尤其是经济生活的过度刑事干预始终是应当坚持的刑事政策。最近,关于保护民营经济和民营企业家的政策再次被强调,是完全正确的。与此同时,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》将高空抛物行为规定为犯罪,司法解释将盗窃、毁坏窨井盖等行为做了入刑的规定,尽管这些规定本身还存在值得进一步探讨的地方,但是其大方向是值得肯定的。因此,刑法谦抑并不意味着刑法立法的停滞,而是要谨慎立法,防止刑

法越位。

在《民法典》颁布实施以后,民法在社会治理中的作用会越来越大。这对我国法治发展具有重要的推动作用。对此,刑法应当积极予以回应,其主要表现为无论是刑法立法还是刑法司法都应当秉持限缩与谦抑的理念,避免刑法的过度扩张。如前所述,民法是赋权法,通过确立权利和义务的方式为市民生活设置行为规则。对于违反民法的行为,无论是违约还是侵权,都只能采取恢复原状、赔偿损害等较为缓和的方式进行处罚。而刑法则与之不同。刑法的处罚方式具有严厉性,无论是自由刑还是财产刑,都具有剥夺人身权利和财产权利的性质。至于最为严厉的生命刑,则直接剥夺犯罪人的生命。由此可见,由于刑罚涉及对公民的生杀予夺,因此必须对其采取十分严格的限制。

在《民法典》颁布实施以后,我们应当关注民法对刑法解释适用的影响,尤其是在刑法规定的财产犯罪中,其构成要件的内容往往包含民事要素,这些民事要素成为犯罪的构成要件要素,对于犯罪的认定具有重要的意义。例如,1997年《刑法》第270条第1款规定的侵占罪,是指将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还的行为。在此,行为人与他人的财物之间存在保管关系。《民法典》第888条规定:“保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物,并返还该物的合同。”在民法中,所谓保管关系是指基于保管合同而产生的一种民事法律关系,行为人基于民法上的保管关系而取得对他人财物的占有。行为人正是利用这种对他人财物的先行占有之便,而将他人财物据为己有。这里应当指出的是,作为侵占罪成立前提要件的保管关系中的保管是指广义上的保管,除了包括民法上的保管以外,还包括民法上的委托、租赁、借用等其他情形。而我国刑法将侵占行为解释为“将代为保管的他人财物非法占为己有”,因此,在刑法学理论上把行为人与他人的财物之间的关系解释为保管关系。其实,这里的委托关系与保管关系虽然称谓不同,但是内容是相同的,都是指行为人基于法律上的原因而合法占有他人的财物。这是侵占罪的特征,也是侵占罪等非占有转移的财产犯罪与盗窃罪等占有转移的财产犯罪之间的主要区别。可以说,侵占罪与盗窃罪的区分,从形式上看是财物存在的状态不同:侵占罪的财物是处于行为主体的占有之中,而盗窃罪的财物是处于他人的占有之中。但这种财物存在状态的背后是行为人与他人的财物之间的法律关系不同:在侵占罪中,行为人与他人财物之间存在保管关系或者委托关系,因此该罪不仅侵害他人的财产权益,而且还侵害委托信任关系;而在盗窃罪中,行为人与他人的财物之间并不存在这种法律关系。由此可见,行为人与他人的财物之间是否存在上述民事法律关系,就成为区分侵占罪与盗窃罪的关键。

1997年《刑法》第271条规定的职务侵占罪,是指公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的行为。职务侵占罪的行为主体是特殊主体,即公司、企业或者其他单位的人员,并且该罪是利用职务上的便利实施的,侵占的是本单位的财物。据此,可以将职务侵占罪与侵占罪加以区分。其实,从法律关系上更容易区分职务侵占罪与侵占罪。在侵占罪中行为人与他人的财物之间存在民法上的保管关系,这种关系是一种平等主体之间的民事法律关系;而在职务侵占罪中行为人与本单位的财物之间存在单位内部的管理关系,这种关系是一种具有行政隶属性质的法律关系。因此,在司法实践中应当根据法律关系的性质来区分职务侵占罪与侵占罪。

值得一提的是,在处理刑民交叉案件时,应当注意民法与刑法在法律思维上的差异。民法是形式思维,强调法律关系,因此,在民法中注重法律关系的分析方法,在民事诉讼法中也是根据证

据形式进行事实认定的；刑法则与之不同，具有实质判断的性质。由于立法机关在立法时将某些具有法益侵害性的行为设置为犯罪的构成要件，因此在通常情况下，符合构成要件的行为都是具有法益侵害性的行为。但在个别情况下，行为虽然符合构成要件但却不具有法益侵害性。在这种情况下，就需要通过进行实质判断将行为排除在犯罪之外。这就是犯罪论体系中形式判断与实质判断之间的位阶关系。笔者说刑法更强调实质判断，并不是要否定形式判断的重要性和优先性，而是指在认定犯罪时不像民法那样拘泥于法律关系，而是直接考察行为是否具备犯罪构成要件，而不受民事法律关系的制约。例如，在司法实践中，存在虚设交易环节的贪污或者职务侵占案件。在这种类型的案件中，行为人的行为是否构成贪污罪或者职务侵占罪，关键在于在中间环节进行的交易活动是否具有真实内容。如果在中间环节进行的交易活动不具有真实内容，该环节是虚设的，那么行为构成贪污罪或者职务侵占罪；如果在中间环节进行的交易活动具有真实内容，该环节不是虚设的，那么行为不构成贪污罪或者职务侵占罪。对于那些虚设交易环节的贪污罪和职务侵占罪来说，行为人是利用虚设的民事法律关系来掩盖贪污或者职务侵占犯罪的真相。此外，在诈骗罪的认定中，如果是以交易形式进行的诈骗，那么该交易内容是虚假的，应当予以戳穿；如果该交易内容是真实的，即使在交易过程中存在民事欺诈行为，那么也不构成诈骗罪。因此，刑法对犯罪的认定更多的是进行实质判断。现在有一种提法，即形式入罪，实质出罪。这种提法的内容是正确的，但表述容易引起误解，以为根据形式判断就可以人人以罪。其实，这里的入罪与出罪是指同一犯罪的认定过程。在犯罪的认定过程中，既要有形式判断，又要有实质判断。形式判断的功能在于将那些不具有犯罪形式特征的行为排除在犯罪之外，而不是说只要具备犯罪的形式特征就可以入罪。在此基础上，还要进行实质判断。实质判断的功能在于将那些虽然符合犯罪的形式特征但是不具有犯罪实质内容的行为排除在犯罪之外。因此，所谓形式入罪是指定罪的第一个阶层，就是符合构成要件的形式；而实质出罪是指定罪的第二个阶层，就是进行实质违法性或者说法益侵害性的判断。

责任编辑 田国宝