

刑法与民法的“分”“合”之辨

窦海阳

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要:刑法与民法在规范目的、调整手段等方面迥异,但不能简单地将两者对立化,刑法与民法的关系体现在两者“分”“合”的理解上。“分”是两者所调整的行为在社会危害性上的区分,“合”是两者对致害事件的规制互相补充、互相影响,两者对致害事件的处理不可或缺。刑法规制具有严重社会危害性的行为,而危害不大的行为则交由民法调整,且随着社会认知的变化而改变,刑法与民法的界分也应随之做动态调整。在对待刑法与民法的关系上,既要警惕刑法优先适用的思维,遵守刑法的谦抑性,也应注意不能以民事判断代替刑事判断,更应分别运用民法规范和刑法规范对行为进行定性。

关键词:立体刑法学;刑法;民法;刑法与民法;违法性标准;谦抑性原则

中图分类号: D 923; D 924

文献标志码: A

文章编号: 1671-0398(2017)05-0069-07

刑法与民法的关系是理论与实践的焦点问题,关系到具体规则的正确设置,还涉及诸多现实问题的妥当处理。

学界流行的观点认为,刑法是规定犯罪与刑罚的规范。刑法打击社会危害性严重的犯罪行为,其规范的主要模式是禁止,是国家垄断的并以强制力保证实施的冲突化解模式。它的保护对象是整个国家与社会,具有维护社会公共利益的职能。刑法建立在个人服从国家强制力的从属关系基础之上,并不是为了调整平等私人之间的利益关系。刑罚是国家强制力的体现,个人必须服从国家的刑罚权和强制力。在罪刑法定的框架下,这种服从必须要符合法律条文的规定,不能通过个人与国家的协商进行讨价还价^[1-2];而民法则是调整平等主体之间人身关系与财产关系的规范。在民法中,主体的地位是平等的,没有从属关系,由此可以在民事活动过程中依据自己的意愿设立、变更、终止法律关系,并承担相应的法律后果。正因为民法是民事主体的自治法,所以它的规范多属任意性规范,调整的是个人之间的私益,而非社会公共利益^[3-4]。

因而,从内涵来看,无论是规范目的、所涉主体还是调整手段,刑法和民法都存在明显的差异。通说认为,刑法在规范属性上属于公法,而民法则属于典型的私法。虽然两者在理论上可以有如此泾渭分明的划分,但若在实践中将两者截然对立,则不符合

社会动态发展的现实。某些行为在民法规制的社会效果不理想的情况下,立法机关会将其纳入犯罪的范畴。自1999年全国人大常委会颁布的《刑法修正案(一)》到2015年颁布的《刑法修正案(九)》,犯罪化的规定逐次增加,大量涉及民事关系的行为被纳入刑法的调整范围,由此产生了刑法“扩张”的现象。对于这种现象,学界有诸多看法,而在实践中对相关具体问题的处理也存在很大争议。笔者认为,如果就这些问题继续做“形而上”的探究或者进行零敲碎打式的回应,就难以得出更具说服力的论断,也并不能解决其症结。因此,需要我们从根本上考察刑法与民法的关系,并从具体入手做评判,进而连接刑法与民法在这些问题上的分界点与联系点,以此形成对两者的总体认识,这样方能解决理论与实践面临的诸多难题。

一、刑法与民法的“分”

(一) 刑法与民法界分的基本观点

学界通说从规范属性出发,认为刑法与民法是公法与私法的截然对立^[1,3];有的学者从调整的利益以及管辖的领域认为刑法与民法是泾渭分明的:对于那些发生在个体之间的利益冲突,只能以保护个人私益的民事规范来调整;对于那些对不特定多数主体即全社会共同利益和主流价值的挑战,才能以保护社会公共利益的刑事规范来调整^[5]。有的

收稿日期:2017-04-22

基金项目:国家社会科学基金项目资助(11BFX129)

作者简介:窦海阳(1981—),男,江苏沐阳人,中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士

学者还根据侵害行为的不同,认为对于杀人、抢劫、危害国家安全等犯罪而言,其属于刑法专属性“管辖”,不可能属于民法侵权;对于违约、民间小债务纠纷、轻微伤害等,其属于民法专属“管辖”之范畴,与刑法无关。违约行为造成的损失再大,也是民法领域之问题,刑法不得介入^[6]。

笔者认为,上述观点有其合理之处,刑法与民法有各自的核心目标及调整领域,正因为如此,刑法与民法才分属不同学科,但将刑法与民法做对立分离的绝对化解释并不妥当。

1. 刑法在公法归属问题上仍存在诸多争议

这种诸多争议产生的原因不仅在于公法与私法划分的争论不清,更是由于刑法调整的社会关系非常广泛,不仅有代表公共秩序与国家安全的社会性关系,而且还广泛地涉及个人的人身、财产法益的保护。实际上,刑法法律属性的模糊不清,其根本点在于刑法规范调整的社会事实与民法所调整的在很大程度上是重合的。正如富井政章所言“刑法中遇有损伤他人之身体,盗取他人之物品,皆科以一定的刑罚。民法中遇有为不法行为,亦使其赔偿他人所受之损害。观其法律关系之性质,违者加以制裁而已,又何区别之有乎?”^[7]因此,将刑法作为独立于公法和私法之外的观点并不罕见。比如耶林认为,刑法具有多样性,应该是与公法和私法并列的第三种法^[8]。帕多瓦尼也认为,由于刑法规范具有分散性、广泛性的特点,因此刑法既不是公法,也不是私法^[9]。我国有学者也持此观点并指出,“在公法—私法的框架下寻求刑法的定位是片面的。在现代法律体系中,三者呈现的是三足鼎立的态势,因为三者对应不同的社会需求,刑法的社会基础不在于政治社会或市民社会,而是作为社会整体中存在的共同信念和集体情感。”^[10]还有学者认为,“在私法—公法的二分框架中,刑法并非完全属于公法,也并非完全属于私法,而是具有私法和公法的二重属性。”^[11]

2. 刑法与民法呈互相补充、互相影响的状态

这种客观状态在社会事实层面难分难解,将两者做纯理论的对立并不符合社会现实。由于社会处于动态发展的状态,对同一行为规范属性的认定也呈动态化趋势。公益与私益的划分也是随着社会的发展而变化的,公益从来就没有明确的界定,而对私益绝对领域的不断扩张也使得边界模糊化。因此,业界对于以前属于民事不法的行为,可能在刑法修正中会犯罪化。比如,单纯的债务不履行属于民法问题,但随着欠薪问题逐渐突显为严重的社会问题。全国人大常委会颁布的《刑法修正案八》明确将拒

不支付劳动报酬的恶意欠薪行为纳入了犯罪。这就是考虑到当前我国的民事、行政法律手段都未能有效地解决恶意欠薪问题,将债务不履行行为严重侵害劳动者财产权的类型化不法行为规定为犯罪,旨在通过威慑的一般预防实现劳动者财产权的合理保护^[12]。由此可见,与其说刑法与民法的分野是本质上的不同,倒不如说更多地是在社会政策基础上的立法技术原因。当社会发展变动需要改变原来的责任承担方式时,原有的社会政策就随之改变。基于此,立法的规制技术也就相应地变化。诚如凯尔森所言,“之所以认定一种行为是不法行为,依据的是法律秩序对这种行为给予了制裁的后果。如果给予该行为刑事制裁的后果,这种行为便是刑事不法行为,如果给予该行为民事制裁的后果,这种行为就是民事不法行为。”^[13]

3. 学界依据行为划分确定民法与刑法的适用领域及其分界值得商榷

以人身侵权和故意伤害罪为例,我们很难说侵权行为造成轻微伤的属于对私益的侵犯,只能由用民法来调整,而侵权行为造成轻伤的就变成了对公益的侵犯,应该用刑法来调整。相关部门对此类问题的处理也并没有达到截然分立的状态。民事侵权与刑事犯罪更多是程度上的区别。与其刻意说人身侵权的民事不法和故意伤害罪之间具有本质上的不同,倒不如承认故意伤害罪本质上也是一种人身侵权行为,只不过是程度上更加严重而已。贝卡里亚曾指出,一系列的社会越轨行为就像一个阶梯,阶梯的最高一级是直接毁灭社会的行为,最低一级是社会成员可能犯下的最轻微的非正义行为,在阶梯中间是所有我们称之为犯罪的侵害公共利益的行为,这些犯罪行为根据危害性的大小沿着这个无形的阶梯由高到低顺序排列^[14]。因此,民事侵权行为属于一般性违法,而犯罪行为则并非一般性违法,具有刑事违法性。犯罪行为的社会危害性是其刑事违法性的基础,它必须达到严重程度,危害不大的则不能构成犯罪^[15]。

(二) 刑法与民法界分的具体体现

危害程度的有无及大小直接影响了罪与非罪的认定,这也在具体方面则体现了刑法与民法的界分。值得关注的是,危害程度的有无及大小并非一成不变的,而是随着社会的发展而变化的。因为社会对同一事件在不同时期感知的危害程度并不一致,由此也就产生了刑法介入或民法调整的不同。

1. “危害不大”与“情节严重”

我国《刑法》第13条规定“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。该条“但书”的规定是民

法与刑法以危害性予以界分的一个表现方面,而对于没有罪量要素规定的犯罪可以分为两类:第一类是性质较为严重的,且法定刑较重,一般为处三年有期徒刑之上的犯罪。由于这类犯罪本身就具有较大的社会危害性,不存在罪量上的限制,因此不会出现“情节显著轻微,危害不大”的情形。第二类犯罪法定刑较低,可能仅仅是拘役或者管制,但没有规定罪量要素。如果仅从表面来看,这类犯罪似乎一旦符合构成要件,罪名即成立,但从司法实践来看,往往并不会不分行为的危害性大小一概处罚。这类犯罪是否能够直接适用“但书”中的规定出罪,需要对构成要件做实质解释,并非表面上符合了构成要件就可以认为犯罪成立。

目前,我国相关部门施行的若干司法解释规定,如果认为社会危害性不大的,建议直接根据“但书”的规定不作为犯罪处理。例如,最高人民法院《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》的第3条和第4款规定,“如果非法吸收或者变相吸收的公众存款,主要是用于正常的生产经营活动,并且能够及时清退所吸收资金的,就可以免除刑事处罚;如果情节显著轻微,可以不作为犯罪处理。”^①最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第5款规定,“如果恶意透支信用卡数额较大,但是在公安机关立案之前已经全部偿还了透支款息,并且情节显著轻微的,可以依法不追究刑事责任。”^②最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》第31条中规定,“如果多名家庭成员或者亲友共同参与了出卖亲生子女,或者‘买人为妻’、‘买人为子’的行为,涉嫌构成收买被拐卖的妇女、儿童罪的,一般情况下应当综合考察犯意提起情况以及各个行为人在犯罪中所起的作用等情节,追究这些成员中罪责较重者的刑事责任,其他人员如果情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪的,就应该依法不追究刑事责任,但是必要的时候可以由公安机关给予行政处罚。”^③由此可见,行为的社会危害性是刑事入罪的重要考量因素,刑法将社会危害性大的不法行为从民事不法行为中单独提出,以更为严厉的刑罚来规制,在这个过程中隐含的前提是犯罪行为都是社会危害性相当严重的行

为,社会危害性轻微的行为并非刑法所规制的对象。因此,在犯罪构成要件的设定中,我们需要对构成要件进行实质的理解,并非形式上符合构成要件就可认定为犯罪。刑事犯罪与民事不法之间并不存在一个清晰的界限,在这种情况下,在解释犯罪构成要件时,实质也需要考虑社会危害性较大这一条件。这对坚持刑法的谦抑性以及保障法地位都具有重要意义。

除了“危害不大”之外,在判断是否构成犯罪时,刑法分则中还有诸多“情节严重”的要求。对行为情节是否严重的判断,实际上也是对行为产生的社会危害性程度的判断。如果符合这些要求,应认定为刑事犯罪;如果不符合,则应以民法规范来予以调整。例如,在侵犯人身权利的犯罪中,刑法分则往往需要考虑结果或者情节,如果达不到刑法所要求的结果或者情节,则以民事侵权来处理。典型的如刑法中的侮辱罪、诽谤罪,民法中侵犯名誉权的行为。名誉权受到民法的保护毋庸置疑,但是当民法对自然人的名誉权保护不力时,比如对受害人负面影响难以消除,获得赔偿极其有限,而侵害行为特别恶劣,造成受害人自杀或精神失常等严重后果,刑法则有必要介入。正因为如此,《刑法》第246条对侮辱诽谤罪做了明确规定。在构成要件上,民法与刑法对侮辱或诽谤行为的理解并无二致,都是“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人”。但是刑法要求行为以及后果要达到“情节严重”,方能“处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”。对“情节严重”的判断,需衡量言论自由与名誉权的保护,根据一般生活经验判断,只有足以损坏他人名誉才可定罪^[16]。这种判断具有极大的抽象性,最终是要在具体案件中做个案判断。在最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》中就有关于情节严重的具体解释。该解释第2条规定了四项情节严重的情形:(1)同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到5000次以上,或者被转发次数达到500次以上的;(2)造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的;(3)二年内曾因诽谤受过行政处罚,又诽谤他人的;(4)其他情节严重的情形。”^④当然,“情节”的范围过于广泛可能会引起在具体认定中的混乱,给罪与

① 最高人民法院《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》(法释[2010]18号)。

② 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2009]19号)。

③ 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》(法发[2010]7号)。

④ 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2013]21号)。

非罪的区分增加了困难。为避免于此,情节是否严重的判断应该限定在构成要件的范围之内,只考虑构成要件中有明确规定的要素,不应扩大范围。因此,我们只有将构成要件中各要素与实质的法益侵害性的判断结合起来考虑,才能正确的认识情节是否严重。

2. 犯罪未遂与民事不法行为

社会危害性的严重程度在区分民事不法与犯罪未遂时也具有重大意义。行为人所实施的对于社会危害性不大的“未遂”行为,可能并不构成犯罪,而是以民事侵权予以处理,只有社会危害性大的不法行为才可能构成“未遂”的犯罪行为。刑事犯罪与民事不法之间调整范围上的交叉往往存在着此消彼长的关系,如果刑事犯罪圈较大,则民事不法相应的范围就将缩小;反之,如果刑事犯罪圈较小,则民事不法的范围就将扩大。在认定是否成立未遂犯时,由于未遂犯也是刑事犯罪的一种,因此也需要具备和既遂犯大致相当的社会危害性;但如果社会危害性并没有达到相应的程度,则不成立犯罪未遂,宜以民事不法来处理。

以数额犯为例,数额犯是指以一定数额作为犯罪构成要件的犯罪。《刑法》第214条规定的“销售假冒注册商标的商品罪”的犯罪构成要件要求“销售明知是假冒注册商标的商品且销售金额数额较大的,给予三年以下有期徒刑或者拘役的处罚,并且处或者单处罚金;如果销售金额数额巨大,则需要给予三年以上七年以下有期徒刑的处罚,并处罚金”,犯此种类型罪名的罪犯即为数额犯。数额犯面临的问题是,如果销售金额没有达到“数额较大”的程度,是应该构成民事侵权,还是犯罪未遂?由于刑法总论并没有规定未遂犯有规定的才处罚,因此从理论上说,只要犯罪行为可能具备未遂的形态就可以处罚未遂犯。但是在司法实践中,对于大量犯罪特别是在有期徒刑在三年以下的较轻的犯罪,基本上没有处罚未遂。未遂犯在社会危害性上也必须达到值得追究刑事责任的程度才能处罚。如果该危害行为在未遂的情况下所产生的社会危害性很小,甚至根本就达不到承担刑事责任的程度,就不能追究这种未遂行为的刑事责任。反之,如果一种危害行为本身具有较大的社会危害性,即使未遂所发生的社会危害性也很大,已经达到了承担刑事责任的程度,就应当追究刑事责任。一般来说,对于犯罪性质就已经本身很严重的犯罪,无论是既遂还是未遂都应当追究责任,如抢劫、杀人、放火等的未遂。如果犯罪性质本身不是很严重的,只有在犯罪中具有较为严

重的情节,达到了值得处罚的程度才处罚未遂。例如诈骗、盗窃等行为的未遂。如果犯罪性质本身很轻微,未遂的危害性就更加轻微,因此基本不会处罚未遂^[17]。对于未遂犯罪,应该同时在刑法总则和刑法分则中做出规定,在分则中,根据不同的犯罪的未遂形态所具有的犯罪性质和危害程度的不同,明确规定哪些未遂犯罪是需要处罚的。在我国,犯罪需要具备法益侵害性的质与量的统一,犯罪除了主观要件与客观要件之外,能够表明行为的法益侵害程度的数量要件也是必须的。在很多性质轻微的犯罪中,就应该只存在罪与非罪的区别,而不应当存在犯罪未遂的形态^[18]。

二、刑法与民法的“合”

刑法与民法的“合”首先表现为两者的互补关系。由于刑法与民法在社会事实的调整上有很程度的重合,因此两者呈现相互交织的状况。不过,刑法与民法在强制力上程度迥异,相较而言,民法在对权利保护尤其是社会公共利益的保护以及当事人的震慑力等方面不如刑法有力。因此,在民法的保障力薄弱不足以维护公共秩序的情况下,刑法会根据社会的需要适当介入。

除此之外,两者之“合”更多地表现为刑法与民法的互相影响关系。这具体表现为:

(一) 法律关系判断上的互相影响

在罪名是否成立以及此罪与彼罪的认定中,所涉民事法律关系的情况往往会产生很大的影响。比如在财产侵占类犯罪中,行为人与单位之间的民事法律关系是定性的重要考察点。如果行为人与单位之间存在劳动关系,则行为人可能构成职务侵占;反之,则是普通的侵犯财产类犯罪。另外,在婚姻家庭方面,民事法律关系的存在对于刑法的影响尤为突出。比如在遗弃罪中,如果行为人对于有扶养义务的人拒绝扶养,则可能构成犯罪,而对于扶养义务的判断就需要参考民法中的相关规定。又比如在盗窃问题上,由于家庭成员之间人身、财产上的亲密关系,某些发生在家庭成员之间的犯罪也会采取有别于其他发生在陌生人之间犯罪的处理方式。在最高人民检察院《关于在办理盗窃案件中如何理解和处理盗窃“自家”或“近亲属”财物问题的批复》、最高人民法院及最高人民检察院在《关于当前办理盗窃案件中具体问题应用法律的若干问题的解释》、最高人民法院在《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》等诸多司法解释中都规定了对于偷窃自家、近亲属财物的要区别于其他案件,一般不按

盗窃罪处理。

(二) 责任承担上的互相影响

行为人通过承担损害赔偿等责任使得犯罪的物质或非物质的后果减轻,或多或少地降低了刑事处罚的必要性。行为人通过对损害予以赔偿的努力表明认清了自身的罪责,从而无需动用刑事处罚来证明规范的有效性,同时对受害人进行自愿赔偿还通常展示出这样的意义。即对预防行为人继续犯罪这一目的,无需对行为人继续施加影响。行为人通过对受害人进行损害赔偿,向其提供相应的物质补偿,在事实上表明刑罚的多种目的已经实现,制裁可被减轻^[1]。对此,我国《刑法》第37条做了明确规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免予刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失或者由主管部门予以行政处罚或行政处分。”这里的“赔礼道歉、赔偿损失”就是民法化的处理方法。另外,在司法解释方面,对具体犯罪的“民法化”处理也做了一定的探索。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条规定了盗窃公私财物数额较大,行为人认罪、悔罪,退赃、退赔,情节轻微的,可以不起诉或者免予刑事处罚^①。最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第3款规定“造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在30万元以上的,处3年以下有期徒刑或拘役。”^②这些司法解释中针对轻微犯罪能够挽回损失的,给予民事责任的处理方式体现了刑法在责任领域的“民法化”。

在量刑方面,由于民事赔偿反映了犯罪分子的悔过和积极弥补的态度,因此在法院审判中也属于酌情考虑的情节。在最高人民法院诸多司法解释中,比如《刑事附带民事诉讼范围的司法解释》第4条、《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第157条、《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第23条等就明确了法院可以将被告人赔偿物质损失作为量刑情节考虑。最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》则更为具体地规定了在

积极赔偿被害人损失及获得被害人谅解的情况下,可减轻刑罚的比例标准“对于积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力以及认罪、悔罪程度等情况,可以减少基准刑的40%以下;积极赔偿但没有取得谅解的,可以减少基准刑的30%以下。”^③在具体犯罪领域,司法解释也做了明确的规定。比如,最高人民法院《关于依法惩处生产销售伪劣食品、药品等严重破坏市场经济秩序犯罪的通知》第3条规定“被告人和被告单位积极、主动赔偿受害人和受害单位损失的,可以酌情适当从轻处罚。”^④最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第19条第2款规定“被告人对被害人物质损失的赔偿情况,可以作为量刑情节予以考虑。”^⑤

另外,刑罚执行过程中的减刑、假释等制度与民事责任的承担也存在关联。积极的民事赔偿往往能够让犯罪人在减刑和假释中争取到更多的机会。根据《刑法》第78条和第81条的规定,刑罚执行期间减刑或者假释的条件之一是“确有悔改表现”。而民事赔偿可以看成是服刑人员悔罪、积极弥补错误的一个表现,因此可以算作减刑或者假释的根据。同时,根据最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的解释》第2条的规定,“确有悔改表现是指同时具备以下四个方面情形:认罪悔罪;认真遵守法律法规及监规,接受教育改造;积极参加思想、文化、职业技术教育;积极参加劳动,努力完成劳动任务。罪犯积极执行财产刑和履行附带民事赔偿义务的,可视为有认罪悔罪表现,在减刑、假释时可以从宽掌握。”^⑥即使对于涉及死刑的重大案件,很多司法文件也都明确指出民事赔偿可影响死刑案件的量刑。比如,最高人民法院在《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》中强调指出,“对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件,因被害方的过错行为引发的案件,案发后真诚悔罪并积极赔偿被害人损失的案件,应慎用死刑立即执行。”^⑦这些文件都强调了适用死刑时要将民事赔偿作为酌定从宽处理的情节加以考虑,从司法政策上对民事赔偿对量刑的影响进行了

① 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2013]8号)。

② 最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2000]33号)。

③ 最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》(2014年7月发布)。

④ 最高人民法院《关于依法惩处生产销售伪劣食品、药品等严重破坏市场经济秩序犯罪的通知》(法[2004]118号)。

⑤ 最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2006]1号)。

⑥ 最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2012]2号)。

⑦ 最高人民法院《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》(法发[2007]12号)。

肯定。

(三) 融合刑民因素的刑事和解

刑事和解是典型的融合民法自治因素的刑事制度。在刑事案件中被害人与犯罪人进行协商,犯罪人以赔礼道歉、赔偿金钱等方式对被害人进行弥补,取得被害人的谅解,从而使犯罪人的刑事责任得以减轻或者免除。刑事和解事实上是以具有民法特征的纠纷解决方式来处理犯罪行为的制度,其中的和解协议体现了加害人与被害人之间的意思自治,在一定程度上“柔化”了刑法的刚性。实证研究表明,刑事和解制度具有良好的社会效应。在检察机关以“和解”做出不起诉的案件中,未出现当事人提起申诉先例,也没有出现当事人将经和解的案件重新提起自诉的情况^①。刑事和解制度对相关各方来说都能受益,加害方可免于较长时间失去人身自由,甚至免于贴上犯罪人的标签,而被害方往往能够获得更多的金钱赔偿以及加害人诚恳的赔礼道歉或者其他被害方认可的赔偿方式,对于弥补因为犯罪而受损的社会关系具有重要的作用。对于司法机关来说,刑事和解同时也大大调高了诉讼效率,节约了司法资源。从社会效应来说,经过刑事和解的案件往往意味着冲突的彻底解决,和解案件上诉、抗诉、再审率均很低。

三、刑法与民法的关系调整应避免单一的法律手段

德国著名刑法学家罗克辛教授认为,“刑法是社会政策的最后手段,只有在其他解决社会问题的手段不起作用的情况下,才能允许被使用。”^[2]刑法并非保护法益的唯一手段,刑法以外的法律规范、法律之外的社会规范等,也都发挥着维持秩序、保护法益的任务。刑法依据刑罚的严厉性和残酷性,是其他部门法的补充法、保障法。正因为“刑法是以刑罚这种残酷的制裁作为手段的,不能轻易使用,只有在其他法律不足以对法益进行保护的场合,才将该侵害法益的行为作为犯罪进行处罚,由此而彻底实现对社会秩序的维护。”^[19]由此,在处理刑民交

错的案件时应警惕凡事都以刑法为主要或者优先适用的思维,由于刑民交错案件在很大程度上涉及当事人的自治空间,因此以严厉管制的手段处理需审慎为之,应当遵守刑法谦抑适用的补充性、不完整性、宽容性三个层次。补充性是指,只有在习惯的、非正式的控制、道德的、民事的规制不足以规避某行为时,才能够使用刑法;宽容性、不完整性则是指,就算市民的安全受到了侵害,刑法也没有必要无一遗漏的加以处罚。比如,当前对民间高利借贷有要求进行刑法规制的观点。然而,民间借贷中利息的高低与借贷行为本身一样,都是借贷双方当事人自由意志的体现,借贷行为只要是双方当事人真实意志的表示,即属于自由缔结的契约。因此,把民间高利贷犯罪化,构成对民法上的契约自由和意思自治的原则的背离。民法和刑法在调整范围上应当有界线可循,在一般情况下,由民法所调整的事项,不应用刑法介入。只有个别单纯由民法调整难以达到社会控制的目的的行为,始可考虑进入刑法的调控视野^[20]。

当然,对刑法谦抑性原则的理解不能认为是如果某种行为同时符合民法和刑法上的规定,则应该适用民法而不是刑法。事实上,如果照此思路的话,大量犯罪行为都能够以侵权行为来处理,但是这是不可能的。刑法既然规定为犯罪,是因为民法具有处理上的缺陷,如果行为符合刑法上的构成要件,则需要按照刑法来处理,不能再以刑法具有谦抑性,且行为既然符合民法规定为由来适用民法规定。民法调整财产关系和人身关系,侵犯财产的犯罪行为从广义的角度来看都违反了民法,侵犯人身的犯罪行为也都是侵权行为,如果对于这些犯罪行为都以民法来处理的话,刑法就将被架空。因此,在处理刑民交错的案件时,我们应注意刑法规范和民法规范各自的功能、目的;当行为既违反民事规范,又触犯刑法时,应运用民法规范和刑法规范分别对致害行为进行定性对民法和刑法设置该条款的目的和所要保护的法益进行分析,以此来明晰条款的准确含义,不能以民事判断代替刑事判断;行为人为行使权利而实施诈骗罪的,不能因为行为人与相对人先前存在

① 2003年7月1日至2005年12月31日,在北京市7个区检察机关受理的全部轻伤害案件中,通过刑事和解结案的共有667件,适用率为14.5%;通过刑事和解被不起诉的嫌疑人有14%;检察机关经过刑事和解程序移送公安机关撤销案件的共有534件,占全部刑事和解案件的80.1%;检察机关直接作相对不起诉的案件有129件,占全部刑事和解案件的19.3%。通过对7个区检察机关的15名主管检察官的访谈,调查发现他们普遍对刑事和解的效果表示满意。上述数据出自北京市东城区人民检察院“北京市检察机关刑事和解实证研究”课题组的调查报告。参见“北京市检察机关刑事和解实证研究——以轻伤害案件的处理为切入点”,载中国人民大学刑事法律科学研究中心、北京市检察官协会编印:《和谐社会语境下的刑事和解学术研讨会文集》2006年版。

权利义务关系,就否定行为本身具有诈骗罪的实行行为性。总而言之,我们在运用刑法和民法对刑民交错行为进行定性时,应考虑民法刑法所保护的法

益、立法目的、行使权利的必要性、手段的相当性等因素。

参考文献:

- [1] 汉斯·海因里希·耶赛克. 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生,译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 20; 1068-1069.
- [2] 克劳斯·罗克辛. 德国刑法学总论[M]. 王世洲,译. 北京: 法律出版社, 2005: 4-5; 23.
- [3] 梁慧星. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 30-32.
- [4] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 16-18.
- [5] 夏勇. 刑法与民法——截然不同的的法律类型[J]. 法治研究, 2013(10): 32-37.
- [6] 陈灿平. 刑民实体法关系初探[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 76.
- [7] 富井政章. 民法原论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 15-16.
- [8] 鲁道夫·冯·耶林. 为权利而斗争[M]. 胡宝海,译. 北京: 中国法制出版社, 2004: 51-53.
- [9] 杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理[M]. 陈忠林,译. 北京: 法律出版社, 1998: 1-2.
- [10] 刘凤科. 刑法在现代法律体系中的地位与特征[M]. 北京: 人民法院出版社, 2007: 74-131.
- [11] 车浩. 刑法公法化的背后——对罪刑法定原则的一个反思[M]//陈兴良. 刑事法评论. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 238-251.
- [12] 付立庆. 论刑法介入财产权保护时的考量要点[J]. 中国法学, 2011(6): 133-146.
- [13] 凯尔森. 法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵,译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996: 56.
- [14] 切萨雷·贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风,译. 北京: 中国方正出版社, 2004: 17.
- [15] 赵秉志. 刑法新教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001: 74-77.
- [16] 陈珊珊. 诽谤罪之省思[J]. 华东政法大学学报, 2012(2): 28-34.
- [17] 张明楷. 诈骗罪与金融诈骗罪研究[M]. 北京: 清华大学出版社, 2006: 417-419.
- [18] 陈兴良. 客观未遂论的滥觞——一个学术史的考察[J]. 法学家, 2011(4): 45-64.
- [19] 大谷实. 刑法总论[M]. 黎宏,译. 北京: 法律出版社, 2003: 4.
- [20] 邱兴隆. 民间高利贷的泛刑法分析[J]. 现代法学, 2012(1): 112-124.

Reexamination of the Relationship Between the Criminal Law and the Civil Law

DOU Haiyang

(Institute of Law , Chinese Academy of Social Sciences , Beijing 100720 , China)

Abstract: Although the criminal law and the civil law are different in the standard, the goal, the adjustment method and so on, they cannot be treated simply. The relationship between them is embodied in the understanding of “division” and “co-operation”. On the one hand, “division” is the distinction of the social harmfulness. The criminal law regulates the behavior which is seriously harmful to the society, and the tort is regulated by the civil law. Social harmfulness is not unchangeable, but it will change with the change of social cognition. Therefore, the boundary between the criminal law and the civil law should be adjusted accordingly. On the other hand, “co-operation” means that both of them are indispensable to the handling of harmful incidents. In dealing with the relationship between the criminal law and the civil law, criminal law should be alert to the priority of thinking, abide by the modesty of criminal law, we should also pay attention to the fact that the civil judgment cannot be replaced by the criminal judgment and the behavior should be determined by using the norms of the civil law and the criminal law.

Key words: dimensional criminal law; criminal law; civil law; criminal law and civil law; social harmfulness; modesty principle

(责任编辑 冯 蓉)