

民刑关系问题重述：基于义务违反的视角

时延安*

内容提要 民刑关系问题的实质,就是对某一危害行为进行刑事违法性判断时,应否以及如何考虑这一行为在民法上判断的结论。违法一元论和违法多元论对这一问题存在不同认识。作为一种违法行为,犯罪是行为人对特定义务的违反,在解决民刑关系问题上应将民事义务违反作为针对个体性权益犯罪违法性判断的一个重要步骤。以义务违反为分析工具,应合理界定民刑关系问题的论域,进而明晰民事义务来源及其规范属性,并寻找可参酌的具体民事义务规范。民事义务违反的判断结论对相关犯罪违法性的证成具有前提性影响,不能将没有违反民事义务的行为作为针对个体性权益的犯罪进行处罚。民法和刑法具有不同的价值取向和法律调整目的,但并不影响两者在解释论层面的基本方向上保持一致。

关键词 民刑关系 民事义务违反 刑事违法性 刑法解释

目 次

- 一、问题的提出
- 二、以义务违反为视角重新思考民刑关系问题
- 三、民事义务违反判断的论域
- 四、以民事义务违反为路径的学理展开
- 五、民事义务违反判断功能的有限性
- 六、结论

* 中国人民大学法学院教授、刑事法律科学研究中心特聘研究员。本文系2020年度国家社科基金重大项目“健全支持民营经济发展的刑事法治研究”(项目批准号:20&ZD198)的阶段性成果。

一、问题的提出

刑法教义学的发展,有赖于理论体系、研究路径及方法的优化和完善。通过刑法教义学研究形成的解释结论能否经得起实践检验,能否得到公众认同,很大程度上取决于理论研究视角的基础性和开放性,即一方面要与法理学和宪法学在理论上保持协调、在价值上保持一致,另一方面要和其他部门法的理论与实践形成相互印证、彼此呼应的格局。统一的社会主义法治体系,要求各部门法之间协调统一,而法学研究的任务之一就是促进部门法理论体系之间的彼此协调、整合,进而为立法和司法提供科学的理论和分析方法。有关民刑问题的讨论,是司法实践为刑事法学界提出的一个难题。虽然已有20余年的聚讼纷纭,但已有研究成果仍未能在不同法学学科之间形成充分共识,在刑法学之外的法学学科也未形成研究热点,对司法实践还不能提供全面且有效的理论供给,其原因主要可归纳为三个方面:一是相关法学学科没有形成可“通约”的问题意识和话语;二是在对本学科问题进行研究的过程中,缺乏对其他学科学理和实践的关注;三是对实践中出现的问题尤其是问题产生的原因缺乏实证研究,对民刑问题的走向没有因时因势地把握。

刑事法理论和实践讨论的民刑问题包括民刑交叉和民刑关系两个方面。前者是指某一纠纷引起了民事诉讼与刑事诉讼,或者某一纠纷出现于民事诉讼和刑事诉讼当中时,应当如何处理两个诉讼之间的关系,即通常所说的,应“先刑后民”还是“刑民并进”的问题。形成“民刑交叉”的法律背景主要是刑事附带民事诉讼制度和民事诉讼法中有关法院主管、诉讼中止的规定,这使得两个诉讼过程以及结果会形成相互影响甚至相互牵制的情形。解决民刑交叉问题,其前提是解决实体法问题,对不同类型的民事和刑事法律关系,应采取不同的诉讼解决方式,但其全面解决还需要结合诉讼法学原理加以讨论,尤其是如何处理诉讼效率、不同类型判决既判力的相互影响等难题。^①对此,我国司法实践已经形成了一定的处理规则,例如,最高人民法院发布的《关于审理民事纠纷案件中涉及刑事犯罪若干程序问题的处理意见》《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》和《全国法院民商事审判工作会议纪要》对民刑交叉问题的程序处理都作出了规定。后者是指,实体刑法与实体民法之间的关系,即刑事不法^②判断与民事无效行为、侵权行为之间的关系,也就是对某一行为进行刑事违法性判断^③是否以及如何考虑这一行为在民法层面判断结论的问题。^④本文以后者为讨论中心。

关于民刑关系问题,其核心命题就是,某一针对个体性法益的行为构成犯罪,应否以

① 参见李哲:《刑民交叉案件中的既判力问题探析》,载《当代法学》2008年第4期,第78-82页。

② 本文中刑事不法是指符合刑法分则中具体罪刑规范规定的构成要件且具有违法性的行为。

③ 本文中刑事违法性判断是指对犯罪成立中的违法性判断问题,如此以区分其他法律中的违法性判断问题。

④ 有研究不明确区分民刑交叉与民刑关系问题。参见周光权:《“刑民交叉”案件的判断逻辑》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期。

该行为在民法上构成侵权或者违约为前提,换言之,对这类犯罪的违法性判断是否对民法上的判断结论有一定依赖性。之所以限定在针对个体性法益的行为,是因为这类行为会同时在民法和刑法上具有评价意义;对于其他超个人法益的犯罪类型,则主要会同时受到行政法和刑法的调整,当然有些超个人法益的犯罪还与其他部门法相关联。将民刑关系核心问题予以澄清,有利于明晰这一问题的论域,也能够认识到,提出的判断规则只能在一定论域内具有指导意义。在有些学者的研究中,民刑关系与行刑关系是放在一起讨论的;^⑤多数学者则区分两者进行判断,不过,在民刑关系的讨论中,没有进一步区分“民”与“商”,只是笼统地讨论“民商”与刑的关系问题,如此也就不能将“商事犯罪”违法性判断的特殊性揭示出来。

对民刑关系问题的讨论,国内刑法学界多借鉴日本学者有关违法一元论和违法多元论的分析框架,并将该问题的讨论置于违法性理论部分;也有研究者从前置法与刑法关系的角度进行论述,相应地,对这一问题的解决更多地放在客观构成要件中进行处理。虽然观点纷呈,但基本上都坚持或者不否认“法秩序统一”原理。在过去十多年里,在民刑关系分析的框架内,对诸如民事法律行为无效与可撤销对合同诈骗罪的影响^⑥、表见代理与合同诈骗^⑦、担保和合同诈骗^⑧、不法原因给付^⑨等问题的研究,都取得了令人瞩目的成果。不过,已有研究路径存在的共同缺憾是,没有明确指出犯罪的违法性与民事不法行为判断的共通基础是什么,可以说,只有存在共通基础,才有必要在违法性层面讨论两者的关系。同时,已有研究也没有明确指出民刑关系问题的本质是什么,即针对个体性法益的犯罪是否违反民事义务,或者说,进入刑法论域的违法性判断是否以及如何考虑民事义务违反问题。如果以法律目的、法益等宏观或较为抽象的概念作为分析工具,对民刑关系问题的讨论难免失之于抽象,于实务判断也难以给出具有操作性的判断规则。

本文从义务违反的视角来分析民刑关系问题,就是将义务违反的判断作为分析工具。义务及其违反是法学中的基本概念和基础理论问题,不过,将其应用于解决民刑关系问题却是一个新的尝试。沿着这一路径展开,首先要阐明选取这一视角的必要性,其次以义务违反为进路,廓清民刑关系讨论的论域,即以义务违反为分析工具,对民刑关系与行刑关系、商刑关系的分析会相应地采取不同思路,而后则要讨论该分析路径应当如何展开。言其“重述”,一方面在于本文以法制统一原则为基本理念,较之于“法秩序统一”原理,该原则更具本土性和实践指导意义,另一方面,本文选取的路径及所依循的法理,与以往研究虽有一定的关联性,但采取的却是新的思考和分析问题的方式。

⑤ 参见周光权:《法秩序统一性原理的实践展开》,载《法治社会》2021年第4期。

⑥ 参见张明楷:《刑法学》(第5版下),法律出版社2016年版,第835页。

⑦ 参见陈少青:《权利外观与诈骗罪认定——以担保的刑法评价为切入点》,载《法学家》2020年第2期。

⑧ 参见陈少青:《担保贷款双重欺诈的犯罪认定》,载《政治与法律》2019年第1期。

⑨ 参见王昭武:《法秩序统一性视角下的不法原因给付》,载《华东政法大学学报》2022年第2期。

二、以义务违反为视角重新思考民刑关系问题

调整分析视角和路径的原因,主要是处理民刑关系问题的已有方案存在“此路不通”或者“此路不畅”的情况。以义务违反为路径解决这一问题,则是在更为基础的层面上寻求解决方案。

(一) 民刑关系问题讨论的发展脉络

从实体层面讨论民刑问题,最早可以追溯到司法实践中“先刑后民”做法的出台。最高人民法院、最高人民检察院、公安部于1985年和1987年分别出台的《关于及时查处在经济纠纷案件中发现的经济犯罪的通知》和《关于在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪必须及时移送的通知》,规定法院在审理民事纠纷中发现经济犯罪应及时移送。^⑩程序性规定的变化,意味着在实体上需要区分经济犯罪与经济纠纷,因而当时最为突出的问题就是,如何区分利用经济合同的方法诈骗与经济合同纠纷(问题1)。学界讨论即集中于此,^⑪代表性教材对此问题也提出了相应的解决方案^⑫。这一研究路径,是将诈骗与民事欺诈这两个不同的法律概念从构成特征上加以区分,相应地在司法实务中也形成一种“非此即彼”的判断思路。这一判断思路与当时司法实践的需求是相关联的,不过,这一思路在学理上有明显的缺陷,这就是一个构成诈骗的事实行为同时也是一个民事欺诈行为,两者并不是“非此即彼”的关系,因而就不能说,一个事实行为是民事欺诈就不可能同时构成诈骗犯罪,或者一个事实行为构成诈骗犯罪就不再是民事欺诈。

既然如此,问题提出的方式就发生了变化:一个事实行为已经构成民事欺诈的情况下,在何种情形下能够成立诈骗犯罪(问题2)?成立诈骗犯罪的事实行为在民法上的性质是什么(问题3)?就前一问题而言,实际上已经强调刑法判断的独立性,即按照刑法的“规格”来判断是否构成以及构成何种诈骗犯罪。对后一个问题的回答,就要复杂多了。在1999年《合同法》颁行之前,对这个问题回答可能会比较简单:构成诈骗犯罪的事实行为,同时是一个民事侵权行为,所涉及的合同无效。其法律根据是1986年《民法通则》第58条和1981年《经济合同法》第7条,前者规定,以欺诈方式使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为无效,后者规定采取欺诈手段签订的合同无效,相应地,权利人不能基于违约请求赔偿,而只能基于侵权请求损害赔偿。这与刑事附带民事诉讼中被害人请求赔偿的范围限于“物质损失”的法理也是相通的。不过,这一理解随着民事法律的调整而变得不确定了。

1999年《合同法》第53条第1款第2项规定,“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者

^⑩ 参见张卫平:《民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理》,载《法学研究》2018年第3期,第104页。

^⑪ 参见高铭喧、赵秉志:《日益蓬勃深入的刑法科学——1986年刑法学发展巡礼》,载《法律学习与研究》1987年第3期,第9页;高格:《对当前诈骗罪争论问题的浅见》,载《政法论坛》1987年第5期,第19页。

^⑫ 参见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第520页。

仲裁机构变更或者撤销”,只有在“损害国家利益”的情形下,以欺诈手段签订的合同才无效(第51条第1项),同时该法对合同当事人的撤销权进行了限制(第54条),并明确了表见代理的效力问题(第49条)。如此规定,就对刑法学理和实务上的固有看法形成冲击:在刑法看来构成犯罪的诈骗行为,相应的合同却可能是有效的。在实务中也就出现了,犯罪嫌疑人或被告人以合同有效或者因表见代理成立、未给合同另一方当事人造成损失或者只构成民事违约,作为否定合同诈骗罪成立的理由。与此同时,随着经济和社会活动的不断发展,一些新问题也随着某些疑难案件的出现而呈现在学界面前,如2003年“帅英骗保案”(涉及以欺诈方式签订的人寿保险合同生效后理赔行为能否构成保险诈骗罪)、2006年“黄英涉嫌敲诈勒索案”(涉及具有权利基础的行为能否构成敲诈勒索罪)、2006年“许霆盗窃案”(涉及民事不当得利能否同时成立盗窃罪),等等。由此引发的问题是,刑事定罪是否要考虑同一行为在民法上的性质即是否属于民事不法(问题4)?肯定论者认为刑事违法性的判断对民事不法(包括侵权和违约)具有实质的从属性,其结论接近于缓和的违法一元论;^⑬从“前置法定性”对刑法的制约性角度进行判断,也会持肯定的观点^⑭。否定的回答,则认为刑法具有独立性,不必完全与民法保持一致,持这一看法的论者是从违法多元论或相对论进行论述。^⑮

随着国内学界全面引入违法一元论和违法多元论的知识,对民刑关系问题的讨论也就被置于这一分析框架当中,一些问题如不法原因给付、民法和刑法中正当化事由的关系等带有“输入性”的问题,也成为民刑关系讨论的重点。

(二) 违法一元论与违法多元论分析框架的局限性

目前学界对民刑关系问题的讨论,主要是借助源自日本刑法学中有关违法一元论与违法多元论的分析框架。从基本出发点看,违法一元论和违法多元论的对立,根源在于对“法秩序统一”这一基本理念的理解存在不同。前者恪守该原理,认为各个法领域的规范之间不能存有冲突。不过,严格的违法一元论的观点过于机械且会导致刑法从属于民法的结论,因而只有少数学者支持严格的违法一元论。在违法一元论中占主流的是缓和的违法一元论,^⑯这种观点可以表述为,在刑法上被认为具有违法性的行为,在民法等其他法律部门中也是违法的,相反在民法等其他法律部门中认为是违法的行为在刑法中并非当然是违法的^⑰。违法多元论一方面不否认法秩序统一原理,另一方面认为,规范之间的矛盾只要在法秩序目的所必要的范围之内消除就可以,没有必要完全消除这种矛盾。从对两个问题的回答上,可以看出两者的不同:一是,符合构成要件的行为,如果在民法或者行政法中被允许,在刑法当中是否也是正当的(问题5)?二是在民法或者行政法中被禁止的行为,如果符合某一犯罪的构成要件,该行为在刑法上是否也具有违法

^⑬ 参见时延安:《论刑事违法性判断与民事不法判断的关系》,载《法学杂志》2010年第1期,第94页。

^⑭ 参见田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,载《法学家》2013年第3期,第55页。

^⑮ 参见王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载《中外法学》2015年第1期,第170-197页。

^⑯ 参见[日]山口厚:《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第176页。

^⑰ 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第314页。

性(问题6)?^⑮缓和的违法一元论对第一个问题持肯定态度,对第二个问题则认为应独立判断,并主张从可罚的违法性理论来强化刑事违法性的特殊性;违法多元论论者则认为对两个问题均需要独立判断。

“只有法律秩序具有统一性,在具体法律规范间出现冲突或者存在漏洞时,才能借助系统性解释解决问题”,不过,“整个法律秩序包含了不同历史时期的规则,而这些规则代表着不同的法政策目的与不同的世界观”。^⑯实现法制的统一,在具体法律制度和实践上需要发挥法律解释的功能,但现行法律制度及规范也需要进一步调整。由于民法和刑法的性质、目的和基本原则存在着明显差异,因而坚持违法一元论或实质的从属性理论,在一些具体问题的判断上会得出不太令人满意的结论。笼而统之地以民事上不存在违法为由否定刑法上的违法性,也难以令人信服,可以说,缓和的违法一元论所坚持的法理立场并无不妥,但提供的分析框架过于粗疏,也无法有效解决一些具体的法律争议问题。例如,在实践中判断民事上是否存在违法主要从民事法律行为是否有效上进行判断,如此就会导致一些欺诈、胁迫的行为,因被害人没有及时主张撤销权而生效,从而在刑法上被认为不具有违法性,这与公众对诈骗犯罪的理解会产生明显落差。一些学者也因此转向违法多元论。

采取违法多元论的论者并不反对“法秩序统一”原理,不过,在理解法秩序统一方面,是从不同部门法的合目的性角度来理解的。持此观点的学者主要从三个角度来论证违法多元论的主张:(1)法益的角度。例如,张明楷教授认为,刑法的目的是保护法益,因此,刑法只能将违反这一目的的事态作为禁止对象,刑法规定的构成要件则是对保护法益目的事态所作的记述,既然如此刑法上的违法性就与其他法律上的违法性有所区别。^⑰(2)规范保护目的的角度。例如,于改之教授认为,应从规范保护目的的异同上判断某一刑法规范对相应的民法、行政法规范是否具有从属性,在刑法与民法、行政法的规范保护目的整体一致、对法律主体的保护与惩戒方向相同的情形,原则上刑法从属于民法、行政法,否则刑法独立于民法、行政法。^⑱(3)刑法的独立性角度。例如,简爱博士认为,违法判断相对性的立论依据在于,刑法具有相对独立性,并不从属于民法、行政法,因而也不能以民事不法、行政不法作为刑事违法判断的当然前提。^⑲

从以上三个角度论证违法多元论都有各自的道理,不过,均欠缺说服力,对司法实务也无法给出清晰的判断规则。就第一个角度而言,法益概念并非刑法学所独享,侵权责任法同样可以被视为法益保护法,更为准确地说,恰恰是民法首先确认了人身利益和财产利益的法律属性和地位,而刑法则是对这些利益予以再次确认。就第二个角度而言,

^⑮ 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第214-215页;[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第397页。

^⑯ 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第124、126页。

^⑰ 参见前注⑥,张明楷书,第931页。

^⑱ 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。

^⑲ 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438页。

民法规范主要是调整性规范,与作为制裁性规范的刑法规范本来就有着不同的目的,且两者有时会存在一定的不协调之处,例如对待欺诈和胁迫的态度,在刑法观念上采否定的态度,而民法对此则要宽容得多;规范目的不是先验的,需要通过法律解释予以厘清,而法律解释总会受到价值的引导,对两类规范进行解释,经常会出现因追求价值目标不同而形成对规范目的理解上的差异。更何况,该观点在操作层面也不可行,如果以规范目的作为主要的分析工具,就要考虑两类规范的对应性问题,即解释刑法规范应如何寻找“前置”的民法规范?是以规范外观为依据,还是以规范目的为标准?对于这些问题,这一学说难以给出明确的答案。第三个角度所给出的判断立场多少有些武断,刑法的独立性与刑事不法判断向民事不法“看齐”并不矛盾,因为后者只是判断犯罪的违法性成立中的一个步骤,并不是将刑事不法的判断结论委决于民事不法的判断。可以说,违法多元论虽然表面上不反对“法秩序统一”原理,但在具体问题的分析上难免会形成冲突,在实务中也会导致民事责任和刑事责任负担的不协调。

认识到违法一元论和违法多元论分析框架存在的问题,有学者尝试寻求其他路径。例如,陈少青博士提出“法律效果说”,其核心观点是:如果刑民规范目的整体一致,对法律主体的惩戒或保护方向相同,则只需对刑民法律效果进行综合考量;若刑民规范目的明显对立,对法律主体的惩戒或保护方向相反,则需要从案件事实层面进行拆分,为刑民规范适用划定不同的案件类型,从刑民交叉回归刑民分立。^{②③}这一分析路径确实比较新颖,不过,其不足也是比较明显的:(1)如果将法律效果理解为通过法律评价而形成的结论,确实可以进行比较,即在效果上是否存在冲突。不过,此时待解决的民刑法律规范之间的冲突已经不重要了;换言之,此时只是从结果上判断是否存在冲突,但对解决冲突并不具有实际意义。(2)如果民刑关系问题需要解决,重要的仍是在法律评价阶段进行协调,如此才能避免在“法律效果”阶段形成冲突。(3)这一路径仍要借助规范目的进行判断,而规范目的的厘清与运用应发生在法律评价阶段,一方面坚持从效果上进行协调,另一方面却又借助规范目的进行事后衡量,如此难免形成判断步骤的混乱。

(三)以义务违反为视角的合理性

从刑法学研究来讲,对民刑关系问题的讨论应置于违法性理论中展开。违法一元论和违法多元论分析框架具有一定的合理性,但两者的局限性也是明显的。既然违法一元论和违法多元论在论证上都不否认“法秩序统一”原则,^{②④}而只是在如何实现“统一性”上存在研究路径的差异,那么,就有必要从更为基础性的概念和学理出发讨论民刑关系问题。这个基础性的概念,应当是义务及其违反。

1. 刑法和民法中的违法性都是对义务的违反

刑法中的违法性,可以理解为对某种义务的违反,^{②⑤}刑法所规定的犯罪,都表现为行

^{②③} 参见陈少青:《刑民交叉实体问题的解决路径——“法律效果论”之展开》,载《法学研究》2020年第4期,第73-91页。

^{②④} 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》,载《东岳论丛》2021年第8期,第163页。

^{②⑤} [德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法学教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第319页。

为人对某种义务的违反,因而认定某一行为具有刑事违法性,就要肯定行为人违反一项或者多项法律规定或认可的义务。在社会危害性理论的分析框架内,社会危害性是否存在,不仅是一个纯粹的事实判断,也是一个规范性判断,即行为人是否违反了某种义务;在坚持法益侵害理论的分析框架中,判断是否侵害某种法益,也要看行为人是否违反了某种义务,不考虑义务违反的法益理论是漂泊不居、捉摸不定的理论。对此,德国学者帕夫利克也指出,犯罪是行为人“违背了公民所负有的应当共同去维护既有的自由生存秩序这一义务,从而实施了一个以侵害他人要求获得尊重的权利为表现形式的义务违反行为”^{②6}。可以看出,这一观点就是从义务违反的角度来理解犯罪的本质。实际上,即便坚持法益侵害说,也不应当否定义务违反的判断意义,否则对法益是否受到侵害的判断就会完全从事实层面的损害来进行。民法中的“违法”概念,主要在侵权责任部分使用,而民事侵权也是与刑法最为密切的部分。“违法性是侵权行为的基本性质”,侵权行为违反的法律是国家关于保护民事主体民事权利的保护性规范和禁止侵害民事主体民事权利的禁止性规范,^{②7}而违反这些规范的表现就是对其所确定义务的违反。因而将义务及其违反作为分析民刑关系的视角和路径,在学理上是成立的,也更具基础性和通约性。

可能的质疑是,为何不将权利侵犯作为民刑关系问题的主要分析工具呢?既然对民刑关系问题的讨论只有在针对个体性权益犯罪这一范围内才有意义,而这类犯罪主要是人身犯罪和财产犯罪,两者保护的法益同时也是民法上承认的权利或者利益,那么,运用权利或者权益侵犯为分析工具不是更为妥当吗?对此,主要理由有三点:一是使用义务违反这一术语可以兼顾行刑关系问题的处理,为民刑关系和行刑关系问题的处理提供一个可以“通约”的分析工具;二是民刑关系的处理主要是辅助刑事违法性的判断,从义务违反的角度切入更为妥当;三是针对他人已经形成事实占有关系但民法不承认具有财产权的侵犯行为,如盗窃他人非法取得的违禁物、赃物,就无法从侵犯权利的角度进行论证,而从义务违反的角度进行切入会形成更为有力的论证思路。

2. 义务来源及其规范属性

这里的义务来源,是指行为人应当履行的义务是由何种法律规范规定或者确认。主张“前置法定性”的观点,即认为义务来源于“前置法”,坚持从属性或者违法一元论的观点,也会持同样认识;主张违法多元论的观点,虽然会以刑法保护法益以及刑法目的的特殊性提出主张,但如果就义务来源问题进行追问,则会认为这类义务是刑法规范提供的或者从刑法规范中推导出来的。对此,曾根威彦教授指出,两者见解的差别起源于认为作为违法性基础的规范存在于刑罚规范外部的“规范说”和认为存在于刑法规范内部的“违法宣言说”。^{②8}和这一见解相似,就犯罪行为所违反的义务来源而言,可以形成两种认识,一种是从刑法的“前置法”中判断义务来源,另一种则是从刑法规范中推导义务来源。

^{②6} [德]米夏埃尔·帕夫利克:《刑法科学的理论》,陈璇译,载《交大法学》2021年第2期,第36页。

^{②7} 参见王利明等:《民法学》(第6版下),法律出版社2020年版,第1040页。

^{②8} 参见前注^{②6},曾根威彦书,第214-215页。

将行为人违反义务的来源定位于刑法的“前置法”，可以从法理学的法律规范（或法律规则）^{②⑨}理论得出启发。受苏联法理学影响的学说认为，一个完整的法律规范包括假定、处理、制裁三个组成部分，处理就是指法律规范中为主体规定的具体行为模式，即权利和义务，而刑法规范属于只包括假定和制裁两部分的保护性规范（或规则）。^{③⑩}依循这一理论，刑法规范中是没有“处理”即权利、义务规定内容的，而有关权利、义务的规定源自“前置法”即民法、商法、行政法等。这一看法可以从制定法中找到根据：从刑法条文中几乎无法找到有关权利、义务的规定。就民刑关系判断而言，某一针对个体性利益的行为，如果构成某一犯罪，判断行为人是否违反某项义务，就要从民法层面去寻找，更为准确地说，行为人造成其他主体的利益损害，依据民法规范以及当事人约定，其行为是否违反了民法意义上的义务，如果答案是肯定的，才有成立刑事违法性的可能，否则就不能成立针对个体性利益的犯罪。^{③⑪}刑法规范作为制裁规范，必然要以行为人违反某种行为规则为条件，而违反行为规则的同义语就是违反行为规则所确定的义务。

主张从刑法规范中推断出行为人违反义务及其内涵的，其结论与从民法上讨论行为人应负的义务在多数情况下会殊途同归，但在路径上与直接从民法规范规定或认可的义务中寻求依据截然相反。持前一路径的观点，是将刑法规范体系视为一个“自足”的规范供给源，对这一体系之外的规范供给，则采取忽视乃至漠视的态度。在诈骗罪的研究中就有这种倾向，例如有观点认为，诈骗罪中的欺诈行为“是违反特定照看义务的行为，是行为人对特定义务的违反”^{③⑫}。这一路径存在的问题就是，其推导的义务来源是从刑法规范中得来的，义务内容是通过构成要件进行文义解释、推导法益内涵之后得出的。以这种路径推导义务内涵，难免出现主观化的倾向，就是解释者将对犯罪成立范围的理解带入对义务的推导过程当中，由此来提供论证根据，然后再以这一推导出的义务及其内涵来确定犯罪成立范围。^{③⑬}这一论证路径也可以在德国有关法律规范的理论中寻找论据，即将法律规范要素区分为事实构成（或构成要件）和法律后果^{③⑭}，如此刑法规范就可以看成是一个相对自足的规则提供者。同时，将刑法规范界定为行为规范，并认为“行为规范是内在于刑罚法规自身的禁止规范与命令规范”^{③⑮}，如此就从刑法规范中确定义务来源提供了理论根据^{③⑯}。

关于义务来源的两个不同认识角度，在民刑关系问题上会呈现不同的走向：（1）坚

^{②⑨} 法律规范与法律规则是两个不同的法律术语，不过，我国法理学界多将其作为同一概念使用。参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社2011年版，第69页。

^{③⑩} 参见孙国华、朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社1999年版，第281页。

^{③⑪} 参见时延安：《刑法规范的结构、属性及其在解释论上的意义》，载《中国法学》2011年第2期，第109页。

^{③⑫} 赵书鸿：《意思说明与说明义务违反：论诈骗罪中的欺诈行为》，载《政法论坛》2014年第5期，第81页。

^{③⑬} 这种倾向在对具体犯罪的法益内涵的推导中同样存在。

^{③⑭} 前注①⑨，伯恩·魏德士书，第63页。

^{③⑮} 张明楷：《外国刑法纲要》（第3版），法律出版社2020年版，第4页。

^{③⑯} 一些法理学论述也可以支撑这种看法。例如，舒国滢教授认为，实在的刑法条文里面没有明确规定行为命令的条款，这样的行为命令仍然是内嵌在刑法（裁判）规范之中的，它们构成了“行为构成要件”评价行为的先在前提或解释性预设。参见舒国滢：《法律规范的逻辑结构：概念辨析与逻辑刻画》，载《浙江社会科学》2022年第2期，第34页。

持从民法规范中寻找义务来源根据的观点,在民刑关系问题的处理上采取相对形式化的解决思路,即如果在民法规范中没有寻找到义务来源或者没有违反相关义务,就否定刑事违法性的存在。这一路径在司法实践中比较常见,往往是被告人及其辩护人从行为人没有违反民法规范(有时也涉及部分商法规范)的角度来说明被告人没有违反义务,或主张被害人违反义务在先或者存在互相违反义务的情况。如果能够证明确实存在这类情形,法院通常会作出有利于被告人的行为定性。(2)坚持从刑法规范内部推导义务来源的路径,在解释论上往往也会采取实质化的立场,其解释思路基本上是从法益侵害角度来界定行为人违反义务的内容。在这种情形下,解释者很难避免解释步骤上的“先入为主”。这种论证方式的优势,在于学理上能够形成相对自洽的论证以及希望得到的结论,但在司法实践中以此作为入罪的法理根据时,却难以为“外行人”信服。简单地讲,在当事人以没有违反民法上的义务为由进行辩解时,仅从刑法规范推演出义务来源是不足以取信于人的。

比较而言,第一条路径更为可取,理由有三点:(1)刑法本身并没有确定权利义务的功能,刑法规范本身不能指引自然人或者单位如何活动;即便将刑法规范理解为行为规范,其也是通过提示行为主体从事某些行为的法律后果来禁止或者促使(命令)其从事活动,而行为主体的活动是否合法,刑法规范不能直接且确切地给出结论。概括而言,刑法规范对自然人和单位活动的指引作用是极为有限的;即使将刑法规范理解为行为规范,其也是“片面的”或“不完整的”行为规范,且主要是从威慑的角度来发挥间接的指引作用。(2)从民法等法律规范而不是刑法规范中确定义务来源,有利于促进公众共识,因为前者有较强的明确性且于法有据,而从刑法规范中推导义务来源,则可能陷入循环论证。可能会有观点认为,如此形式化的判断是否会导致刑法中违法性判断的虚置化,即将义务违反的判断等同于刑事违法性的判断,这种担心是多余的,因为义务违反只是刑事违法性判断的一个步骤。(3)从法律规范的供给来讲,在法律体系日趋健全的今天,民法等“前置法”已经能够提供充分的法律规范供给,不再需要刑法学者去填补“前置法”不足而形成的规范漏洞。至于法律没有明文规定的、可能作为刑法义务来源的社会伦理规则,可以从公序良俗的角度来理解,也不是刑法规范本身所蕴含的。

可能的质疑是,从民法或者其他法律中无法找到明确义务来源的,该如何进行义务违反的判断呢?例如,在不作为犯罪的义务来源方面,诸如先行行为、危险共同体等,从《民法典》中很难找到相应规定,在这种情形下,能否认为是刑法赋予了行为人作为义务呢?答案仍是否定的,从刑法的可罚性推导出的义务,实际上是人们共同生活中形成的义务,这种义务类型繁多,包括《民法典》在内的法律不可能一一确认;刑法学研究从危险的角度来界定这类法律没有明文规定的义务,是为了便于识别与判断,但不能因此认为这是刑法所规定的义务,充其量只能说是基于刑法学理推论得出且符合社会共同生活规则的义务。

在刑法之外、从民法等前置法中寻求判断犯罪违反义务的来源,确实带有一定的形式主义倾向,如此也会受到实质解释论者的批评,认为抹杀了刑法的法益保护功能。对

此,必须强调,法律论证的目标是形成具有说服力且在实务上可以操作的规则 and 标准,这种“形式主义”的解释思路更有利于在整个法学界形成统一认识。更何况,这种“求之于人”的判断模式要比那种“求之于己”的思路更加具有实践性。

三、民事义务违反判断的论域

对法学问题的讨论,应将研究对象置于一个妥当的论域中展开。讨论民刑关系问题的论域,意在澄清涉及民刑关系刑事案件中义务及其违反的类型问题;如果论域不清,就难免在确定义务来源时出现混淆乃至错误。例如,有学者主张“前置法定性+刑事法定量”的刑事不法的判断公式。^{③7}这一公式简单明了,但却没有指明可适用的论域。对一些行政犯罪而言,这一公式基本可用,如破坏社会管理秩序的犯罪,但对于多数犯罪来讲,这一公式却难以适用,例如涉及国家法益、军事法益的犯罪。对于“前置法”属于民法的犯罪,这一公式基本无用,因为依据民法规范对某一行为进行判断,不能直接给出刑事违法性判断所需要的前提性结论,也不能简单从量上区分民事侵权、违约与刑事不法。关于刑事违法性的判断,简单地将违反前置法作为判断基础,将其理解为违反前置法的“升级版”,会抹杀刑法中违法性判断的相对独立性,也会在一定程度上虚化刑罚的目的,而从形式上看,笼统地谈“前置法”与刑法的关系,容易因混淆论域而影响刑法中的违法性判断。将民法和行政法“捆绑”在一起讨论与刑法的关系也是如此,这种研究路径混淆了民法和行政法规范的差异,因为两类法律规范所确定的义务来源及其内容显然是不同的。

(一) 应区分民刑关系与行刑关系

讨论民刑关系问题,首先需要考虑将其与行刑关系问题区分开来,后者是指对同一类行为而言,行政违法性判断对刑事违法性判断的影响。行政法律,是关于行政机关等行政主体的组织和活动的法律规范的总和。与刑法相关的行政法律问题主要是,违反行政规制且具有严重社会危害性的行为,依据刑法规范判断其是否具有刑事违法性。这类行政法规范包括两种,一种是与个体利益无直接关联的规范,其保护的是国家利益或者社会公共利益,另一种是既保护个体利益也保护国家和社会公共利益的规范。由于行政法律强调“依法行政原则”,即行政权力的存在、运用必须依据法律规范、符合法律规范,不得与法律规范相抵触,^{③8}因而,判断某一行为是否违反行政规制,应有明确的行政法律规范^{③9}作为判断根据,换言之,如果没有法律规定,就不能判断存在一条禁止性规范或者命令性规范,没有法律规定也不能判断存在一项行政许可权力,既然如此,这一行为就不能成立相应的行政犯罪;当然,如果该行为侵犯了个体性法益,仍有必要考虑有无成立其

^{③7} 参见前注^{①4},田宏杰文,第51-62页。

^{③8} 参见杨建顺:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社2007年版,第115页。

^{③9} 这里对行政法律规范作相对广义的理解,即包括狭义的法律、行政法规,在一些情形下还包括部门规章(如《刑法》第253条之一中的“国家有关规定”)。

他类型犯罪的可能。最为典型的例子就是交通肇事罪的违法性判断问题,某一行为只有“违反交通运输管理法规”才有可能成立该罪,如果没有“违反交通运输管理法规”,就不能构成该罪,但仍有可能成立其他犯罪,如过失致人死亡罪或过失致人重伤罪。相比之下,对某一行为是否构成危险驾驶罪的判断就明显不同,即只要某一驾驶机动车的行为违反了道路交通法律规范,即具有行政违法性,当该行为符合《刑法》第133条之一规定的构成要件时,就构成刑事不法,但该罪的成立并不要求造成个体性权益的侵害。

对于公民人身权利的类型和范围,《民法典》已经作出了较为全面的规定。不过,与行政法律不同,民法的实施主要不是靠公权力进行,因而也就不特别强调合法原则。^⑩进言之,只要当事人基于意思自治、诚实信用原则进行的民事行为都是有效的,除非违反法律、行政法规的强制性规定或者违背公序良俗(《民法典》第143条第3款)。在探讨民刑关系问题时,判断某一行为能否构成犯罪,如果该行为涉及人身权利、财产权利或者婚姻家庭权利,在民法层面考虑的问题就是,该行为是否违反民事义务以及该行为是否有效,而非该行为是否违反民法,换个角度思考,对他人人身、财产利益产生不利影响的行为,在判断其刑事违法性过程中,是否要求其在民法上属于无效或者可撤销的行为。采取实质的从属性的观点认为:以行为时为基点,如果某行为在民法上是有效且无可撤销事由的,就不能判断其具有刑法上的违法性;如果该行为属于无效或者可撤销的欺诈、胁迫行为,尤其是实质上构成侵权的,则有进一步判断其是否具有刑事违法性的余地。^⑪当然,由于民法的判断和刑法的判断是两条平行且缺乏明显对应关系的轨道,因而简单提倡从属性的观点,对实务判断给予的规则指导比较有限。

将民刑关系问题与行刑关系问题区分开来,能够将不同类型的义务及其违反对刑事违法性判断的影响加以类型化区分,其实践意义具体表现在两个方面:

第一,行刑关系与民刑关系在判断刑事违法性的规则上存在明显差异。对于行刑关系问题而言,其判断规则是,没有行政违法性,就没有刑事违法性,前者是后者的判断基础。民刑关系问题判断规则的不同之处表现在,针对个体性利益的行为构成民事侵权是成立相应犯罪的前提,从民法上来讲,并不妨碍受害人依据违约主张其民事权利。^⑫相应地,从诉讼角度看,受害人向法院以违约为由提起民事诉讼,法院认为其主张合理并给予支持而形成的民事判决,其裁判当然具有拘束力;即便同一事实事后被证明构成犯罪并形成相应的刑事判决,之前的民事判决也不能直接被推翻。不过,受害人在刑事附带民事诉讼中只能以侵权提出诉讼请求(《刑事诉讼法》第101条)。由于民法强调意思自治、诚实信用等原则,且承认交易习惯、当事人合意的有效性,因而判断某一民事行为是否有效,并非完全依据已有的民法规定,相应地,判断行为人是否违反义务,并不能由民法规

^⑩ 《民法典》总则第一章中即没有规定合法原则。

^⑪ 以行为时为基点进行考察,实际上是一种实质性的判断,即对于诸如欺诈、胁迫等属于可撤销的民事法律行为,即便被害人因没有及时主张撤销权而导致民事法律行为生效,但如果从实质上看,倘若被害人及时主张撤销权就会产生无效的结果。以行为时为基点进行考察,可以避免民事法律行为效力和犯罪成立之间在观念上可能存在的紧张关系。

^⑫ 其法律根据就是《民法典》第186条“违约责任与侵权责任的竞合”的规定。

范直接得出,而要结合行为人与相对方的约定进行判断。

第二,有助于明晰义务来源上的差异以对具体犯罪的解释提供指向。对个罪的刑法解释是从罪状开始的,因而对犯罪行为违反义务的理解首先是从罪状推导出来,进而追溯到“前置法”中的义务规范;如果在这一过程中混淆了论域,那么在解释具体犯罪时就会存在偏差。围绕侵犯公民个人信息罪(《刑法》第253条之一)法益暨规范保护目的的讨论即是一例。立法机关规定该罪时,尤其是2015年《刑法修正案(九)》对该罪进行修改时,民事法律还没有对公民个人信息的权益属性进行界定,但该罪又规定在分则第四章“侵犯人身权利、民主权利罪”中,因而对该罪的法益是否包括个人信息权利问题即产生争议。《个人信息保护法》明确规定了“个人在个人信息处理活动中的权利”,而这一权利兼有公法和私法性质,^{④③}因而在该罪刑事违法性判断上,就要从该法的规定进行判断,对该罪法益的理解也应从个人权利和个人信息规制秩序两个角度进行,^{④④}在具体的认定过程中,该法中确定的规则尤其是相应义务规范的规定,对判断是否具有该罪的刑事违法性更为关键。

(二) 应区分民刑关系与商刑关系

以往关于民刑关系问题的讨论,采取了广义的民法概念,即不区分民法和商事法律,因而将民刑关系问题所涉及的犯罪类型扩张到刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的一些犯罪。^{④⑤}这一思路在已有研究中比较普遍。在民刑关系的讨论中,采取广义的民法概念,会混淆民法和商事法律作为“前置法”存在的差异,由此笼统地提出判断规则,就会导致刑事违法性的判断出现偏差。商法本质属于私法,但同时带有公法性质,在有关商事组织、商事行为的法律中,存在较多的强制性规范。^{④⑥}这类法律“既涉及民事法律关系,也涉及行政法律关系,还有一些涉及特殊商事规则”,因而没有纳入民法典。^{④⑦}商法虽然也调整平等主体之间的法律关系,但商事行为的成立、生效,在很多情形下必须以符合法律规定为前提,有些领域的商事行为,如设立金融机构、从事金融业务等,需要行政主管部门许可,有些领域的商事活动需要法律授权相应主体,例如注册商标权、专利权等。认识到商法的这一特征,对理解相应犯罪的违法性具有特殊意义。^{④⑧}

^{④③} 参见王锡梓:《国家保护视野中的个人信息权利束》,载《中国社会科学》2021年第11期,第133页。

^{④④} 在《个人信息保护法》颁布以前,刑法学者基于“前置法”和法理,对侵犯公民个人信息罪所保护的法益类型提出了多种观点。参见曾粤兴、高正旭:《侵犯公民个人信息罪之法益研究》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第3卷),法律出版社2018年版,第214页。

^{④⑤} 具体包括妨害对公司、企业管理秩序的犯罪,证券犯罪,金融犯罪,知识产权犯罪,等等。不过,刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中并非都是商事犯罪;有些犯罪刑事违法性判断与民法有关,属于民刑关系问题,如合同诈骗罪、强迫交易罪;有些犯罪刑事违法性判断则涉及刑法与经济法或行政法的关系问题,如走私犯罪、税收犯罪、发票类犯罪。本文没有讨论刑法与经济法的关系问题,比较而言,经济法的公法性质更为明显,宜与行政法结合来讨论与刑法的关系。

^{④⑥} 参见施天涛:《商法学》,法律出版社2020年版,第9页。

^{④⑦} 参见李建国:《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》,2017年3月8日第十二届全国人民代表大会第五次会议上。

^{④⑧} 本文中商法范围的界定,以2011年10月国务院新闻办发布的《中国特色社会主义法律体系》为根据。

刑法中规定的商事犯罪^{④9},在多数情形下以某一行为违反相应的商事法律的禁止性或命令性规范为前提。例如,《证券法》第5条规定,“证券的发行、交易活动,必须遵守法律、行政法规;禁止欺诈、内幕交易和操纵证券市场的行为”。判断某一行为是否构成证券欺诈,则应根据证券发行的法律规定及相关配套规范进行认定。再如,非法经营罪的成立,也以“违反国家规定”为前提,这里的“国家规定”包括《行政许可法》《烟草专卖法》《货物进出口条例》《出版管理条例》等法律和行政法规所规定的禁止性规范。同时,一些犯罪的成立以违反相应商事法律的命令性规范为前提,如不披露重要信息罪(《刑法》第161条),行为人违反的商事法律规范为《证券法》第78条第1款,即“发行人及法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他信息披露义务人,应当及时依法履行信息披露义务”。商事犯罪的这一特点也就决定了,在判断其违法性时,必然要根据商事法律判断行为人是否违反了商事法律的禁止性或者命令性规范,而且特定的商事犯罪必然对应着特定的商事法律规范。例如,判断行为人是否构成串通投标罪,应以《招标投标法》及相关法规来确定行为人是否实施了串通投标行为,而串通拍卖则违反了《拍卖法》第37条规定的禁止性规范,将串通拍卖与串通投标一并加以讨论实际上消解了两者所违反的禁止性规范之间的差异。^{⑤0}

如前所述,讨论民刑关系问题时,相应犯罪的违法性判断并不要求以违反民法明文规定的强制性规范为前提,因为在很多情形下,民法没有明确提供相应的、构成要件清晰的禁止性规范或者命令性规范。例如,《民法典》就没有规定禁止非法取得他人财产的一般性条款,而只是在“国有财产的保护”(第258条)中规定了禁止侵占、哄抢、私分、截留、破坏的行为,在“集体财产受法律保护”(第265条)中规定了禁止侵占、哄抢、私分、破坏的行为,在“私人合法财产受法律保护”(第267条)中规定了禁止侵占、哄抢、破坏的行为。列举这些行为方式,不能涵盖侵犯财产罪的典型行为类型,如盗窃、诈骗、敲诈勒索等。有关侵犯生命权、身体权、健康权的禁止性规定,也是在《民法典》“人格权编”中才出现,而这类规定从字面上也只能理解为禁止性规范而不能理解为命令性规范,因而也无法为相应的不作为犯罪提供民法上的法律规范根据。此外,与商刑关系问题比较,在民刑关系判断中针对个体性利益进行侵犯的行为,其违反的民事法律规范通常缺乏特定性,而商事犯罪中,行为人违反的商事法律规范却有明显的特定性。

不过,商事犯罪的刑事违法性判断,违反“前置的”商事法律所规定的强制性规范只是一个方面;在很多商事犯罪中还需要考虑是否违反当事人之间所约定的义务,也就是说,在很多情形下也要考虑行为人是否违反了与相对人之间合同所确定的义务。这一特点是行政犯罪所不具有的。例如,关于侵犯商业秘密罪违法性的判断,从形式上看,行为人违反《反不正当竞争法》第9条所规定的禁止性规范,但在实际案件处理中,必须要考虑行为人与商业秘密权利人之间的约定以及其他事实。如果某项技术秘密由行为

^{④9} 为便于论述,这里将具有违反商事法律规范性质的犯罪,或者在刑事违法性判断中会在一定范围内考量商事法律规范的犯罪,称为“商事犯罪”。

^{⑤0} 参见周光权:《串通拍卖或竞买不构成串通投标罪》,载《法治日报》2021年8月4日,第9版。

人开发,其雇主没有履行相应的薪资、待遇上的承诺,行为人携带该技术秘密“跳槽”的,就不应对该行为人以侵犯商业秘密罪追究刑事责任,因为行为人与雇主是平等主体之间的法律关系,在雇主先行违约的情况下,行为人的违约行为即具有较大的可宽宥性。对此,可以援用《民法典》第 592 条规定:“当事人都违反合同的,应当各自承担相应的责任。当事人一方违约造成对方损失,对方对损失的发生有过错的,可以减少相应的损失赔偿额。”^{⑤1}从该条原理出发,在雇主先行违约的情况下,行为人违反其开发技术秘密的权属约定的行为不法程度较低,进而否定侵犯商业秘密罪的成立。^{⑤2}

综上,从学理上将民刑关系问题与行刑关系、商刑关系问题区分开来,一方面能够充分认识到民刑关系问题的特殊性,进而更为准确地提出相应的判断规则,另一方面更为重要的是,可以为司法实践提供有针对性的解决方案,尤其是在一些民事法律关系错综复杂的案件中,可以为定罪问题提供更为清晰的论证思路。

四、以民事义务违反为路径的学理展开

对一个具体法律问题的分析,可以寻求不同的理论路径。检验理论路径是否可行,一看能否在理论上形成说服力,二则需要从分析问题的效果上进行检验。验证以民事义务违反为路径的可行性也是如此。同时,还要思考新的理论路径如何展开,可能会碰到哪些理论和实践障碍,以及如何加以解决。由于民法规范与刑法规范不存在明显的一一对应性,因而以民事义务违反为路径进行分析,要重点解决如何发现并判断义务违反,这一判断在刑事违法性判断中的“角色”和步骤,同时还要借助民事权利的类型来分析义务违反的定罪意义。

如果按照这一路径展开,对具体问题判断应主要考虑三个方面:

(一) 如何确定可资刑事违法性判断的民事义务以及如何判断义务违反

从刑事司法实践的逻辑看,对刑事案件的处理首先且主要是采取刑事视角,在案件事实基本查清后进行法律适用的环节,才会加入民事视角,因而寻找并确定民事义务以及判断是否违反民事义务,一般而言是后置于刑法规范适用的。从实体法适用的角度讲,就是在犯罪嫌疑人或被告人的行为已经在形式上符合某个刑法规范的构成要件后,当涉嫌犯罪属于侵犯个体性权益的犯罪类型时,再判断是否违反了相应的民事义务。

在寻找和确定民事义务方面,可以从两个角度分析:

第一,法律解释的角度。对刑法法条进行解释是从罪状开始,也就是从构成要件判断犯罪的成立范围。此时,行为人违反的民事义务规范通过对构成要件的解释来确定,

^{⑤1} 我国《民法典》采取民商合一的体例,因而《民法典》规定的民事基本规则也适用于商事法律。参见王利明等:《民法学》(第6版上),法律出版社2020年版,第7页。不过,不能因此否定商事法律的特殊性,即其具有较强行政规制的色彩。

^{⑤2} 对此,还可以《民法典》第1173条规定作为排除犯罪性的根据。该条规定:“被侵权人对同一损害的发生或者扩大有过错的,可以减轻侵权人的责任。”

尤其是通过行为侵害对象的利益类型来明确,这与处理行刑关系的思路是相同的。不过,对行刑关系问题的处理,从罪状规定上可以比较容易地推断出来,在很多法条中还明示了义务规范的法律渊源,而民刑关系问题的处理比较微妙,因为民法中的禁止性规范(例如《民法典》第1002、1003、1004条规定中的最后一句)所确立的一般性义务会对应诸多刑法条文。在多数情况下,只要实施了刑法规范中构成要件的行为,就可以认为违反了这类禁止性规范所确定的义务;而在一些情形下,则需要考虑,行为人的行为虽然形式上符合构成要件,但行为人没有违反民事义务或者其行为本身是一种民事权利行为时,则可以否定刑事违法性的存在。

第二,法律适用实践的角度。在诉讼过程中,犯罪嫌疑人或者被告人及其辩护人可能以没有违反民事义务或者行使民事权利来否定公安机关或检察机关的指控,其根据主要是法律规定、合同约定以及交易习惯等。办案机关此时只需判断辩方提出的辩解理由是否属实,行为人是否违反民事义务或者是否具有民事权利即可,即对辩方提出的规范根据进行审查:当认可辩方提出的辩解理由时,就会作出有利于其的处理结论,反之,则进一步判断是否构成某项犯罪。例如,行为人采取了欺诈或敲诈的手段意图挽回自己的经济损失,如果其主张及实现属于一种权利行为且未明显超过限度,则不构成财产犯罪,此时不需要再考虑是否构成诈骗罪或敲诈勒索罪。比较复杂的是,行为人与被害人同时违反民事义务且义务内容相同或者相似,应如何处理?此时,应将违反义务的程度及损害程度作为判断刑事违法性的根据,即如果行为人违反义务且造成的损害明显超过被害人违反义务的程度,那么,就不能否定其行为具有刑事违法性,反之如果两者相当或者前者小于后者,则应否定行为人行行为的刑事违法性。例如,双方在签订合同过程中都采取了欺诈手段,但行为人采取的欺诈手段更为恶劣且造成了对方明显的经济损失,则被害人违反民事义务的情形不能否定行为人欺诈行为的刑事违法性。

以上两个角度形成的判断路径存在一定的差异,相应地在寻求违反的民事规范上也存在一定的差异,不过,两者判断思路总体上是一致的,即判断是否违反民事义务或者构成民事权利行使,是判断刑事违法性的一个必要条件。在具体判断是否构成民事义务违反的问题上,主要从三个方面考虑:一是,从民法规范上判断,即行为人是否违反了民法规范所确定的禁止性规范或命令性规范。二是,从具体民事法律行为的内容上判断,主要是在合同行为中,行为人是否违反了合同约定的义务,以及行为人是否具有根据合同所具有的免责事由(如不可抗力),是否具有根据民法规定所享有的抗辩权,如不安抗辩权、同时履行抗辩权等,如果行为人以这些事由的主张成立,则不应认为行为人违反民事义务,进而也不能据此认为该行为具有刑事违法性。三是,行为人是否具有民法上阻却违法的事由和免责事由,主要是在侵权责任领域,如行为人基于正当防卫、紧急避险、自助行为、被害人自担风险而实施的行为等,这也都属于刑法上承认的违法阻却事由,在民法层面已经阻却违法的情况下,在刑事违法性层面当然也构成正当事由。正如罗克辛教授所说:“从刑法中产生出来的正当化根据却是很少的,并且通常还被其他法律领域所采用。在

一般适用的正当化根据的刑法性影响中,一种排除刑法不法的根据也没有什么不同。”^{⑤③}

（二）民事义务违反在刑事违法性判断中的步骤

刑事不法的判断包括对符合刑法规范所规定的、犯罪成立所要求的主客观要件的符合性判断和对违法性的判断。民事义务违反判断的体系地位应在后一方面发生作用,其意义在于证立违法性,即当某一行为在形式上符合刑法规范所规定的、犯罪成立所要求的各种要件时,如果行为人没有违反民事义务(乃至属于权利行为),应否定刑事违法性的存在。例如,行为人在签订合同时存在虚假陈述的情况,但在合同履行过程中按照约定履行,后因情势变更而导致无法正常履约,对这种情形就不能认为行为人构成诈骗罪或者合同诈骗罪,理由在于:行为人虽然实施了一定的欺诈行为,但其签订并履行合同义务的意愿是真实的,造成合同不能履行的原因在于出现了“订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于当事人一方明显不公平的”情形(《民法典》第532条)。

在一些商事犯罪中也可以考虑民事义务违反的意义。例如,甲公司与乙保险公司签订保险合同,按照合同约定,发生合同约定的险情后,保险公司负责核定损失,甲公司则应如实提供相应的资料。后甲公司工厂仓库失火,其负责人第一时间向乙保险公司提交了仓库库存资料和管理仓库所用电脑。在评估损失过程中,甲公司发现在失火当日早些时候有批货物已经被运走,在向乙方提供的资料中没有删除该批货物目录,其工作人员认为评估定损为乙保险公司的工作范围,其没有义务主动澄清。乙保险公司在定损时将该批货物损失计算在内,并与甲公司协商后进行赔偿。赔偿协议履行后,有人举报甲公司保险诈骗。该案中,判断甲方工作人员是否构成保险诈骗罪,需要判断其是否实施了诈骗行为,即其没有及时向保险公司通报新发现的未损毁财产的行为,是否属于隐瞒事实真相?对于该问题进行判断,结合保险合同来看,就是甲方是否违反了合同约定的义务。如果认为保险公司具有核定损失的义务,只要从甲方提供的信息以及现场损害情况能够推断出损失结果,就可以认为甲方没有实质性地违反义务,其没有及时通报只是履行义务不充分,相应地就应当否定其行为构成保险诈骗罪;如果认为保险公司主要是基于甲方的陈述和提供的资料来判断损失,那么就应当认为甲方实质性地违反了义务,相应地就应当认定行为人实施了隐瞒事实真相的行为。

（三）从民事权利类型考量民事义务违反的定罪意义

如前所述,探讨民刑关系问题,主要在针对个体性权益的刑事案件中才有意义,如果行为人的行为损害了公共利益,就不能或者不能仅仅讨论民刑关系问题。从民法角度看,个体性权益主要是人身权益和财产权益,区分民事权利类型对具体犯罪违法性的判断具有指导意义。这里主要考虑三类民事权利,即人格权、婚姻家庭权利和财产权。

^{⑤③} 前注^{④⑧},克劳斯·罗克辛书,第398页。

人格权属于绝对权,^{⑤4}相对于特定权利主体而言,其他主体都负有不得侵犯其人格权的义务。其具体权利类型对应于刑法中侵犯人身犯罪,而具体权利类型的范围对判断具体犯罪的违法性具有积极意义。例如,刑法中对人的生命的界定,即与民法上对生命的判断(出生和死亡)相一致。又如,刑法中侮辱罪和诽谤罪,其法益保护范围就与民法中姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等联系在一起,在具体案件的处理上可以从民法典中寻求关于这些权利的规定及其学理解释作为判断基础。当然,刑法使用的术语与民法典使用的术语存在差异,最为明显的是,刑法分则第六章章名使用“侵犯人身权利罪”,但这里的人身权利实际上对应民法典中的人格权。从维护法制统一的角度,应该在立法层面考虑对刑法进行必要的调整。

刑法对婚姻家庭关系的保护,主要涉及民法上的婚姻效力(重婚罪)、婚姻自主权(暴力干涉婚姻自由罪)、身份权(虐待罪、遗弃罪、破坏军婚罪、负有照护职责人员性侵罪、拐骗儿童罪)的问题。围绕婚姻家庭而形成的民刑关系问题,主要是两类:一是事实婚姻的问题,主要涉及重婚罪认定、因事实婚姻能否形成保证人地位等问题;二是家庭成员范围的问题,主要涉及虐待罪、遗弃罪中家庭成员的范围以及不被法律承认的“家庭”成员的保证人地位问题。对于通过因血缘关系、合法登记、合法收养而形成的家庭,判断家庭成员身份并不难。但对于现行法律不承认的婚姻关系、家庭关系中,如何回答这两类问题,在刑法上会产生争议。例如,事实婚姻是否属于重婚罪中所说的“婚姻”的问题,其症结在于1994年《婚姻登记管理条例》(已失效)第24条关于事实婚姻无效的规定。对于这种现象,有的民法学者给予了批评。^{⑤5}针对该规定,基于违法多元论的立场,就会主张即便事实婚姻无效,但事实婚姻仍成立重婚罪,进而认为刑法与民法对该问题态度相反。对此,应当意识到,婚姻登记只是对符合婚姻实质条件的身份关系的确认,而不是授权成立婚姻关系;换言之,婚姻登记只是确认婚姻当事人对外关系的一种证明,并确认其法律效力,但并不决定其本身的社会意义和伦理关系属性。当然,在该条例已经失效的情况下,这一法律“障碍”已经不存在了。同样,对于“家庭”“亲属”也应从社会习惯及其变化来理解。对此,应该认为,亲属身份的获得应从社会认知来理解,而不能仅仅从法条尤其是具有公法性质的法律中寻求解释根据。

针对他人财产权益的刑事案件,如果行为人与财产权利人没有利益纠纷,只要符合构成要件的要求,就应认为其构成刑事不法,因为行为人取得涉案财物没有任何权利基础。需要特别考虑的是,行为人与被害人存在民事上利益纠纷尤其是存在合同上权利义务关系的情形。例如,债权人采取强制乃至暴力行为主张债权的,一般而言,只要实际取得的财物数额与其债权的数额大致相当,就认为不成立抢劫罪,其理由主要有二:一是没有侵犯法益或者他人财产利益;二是行为人没有非法占有的目的。从义务违反的角

^{⑤4} 刑法中侵犯人身权利犯罪中,包含侵犯公民个人的名誉权、个人信息权利等不属于人身权利但属于《民法典》中其他人格权的情形。

^{⑤5} 参见前注^{②7},王利明等书,第934页。

度看,行为人没有违反确认和保护他人财产权的义务,而是一种主张基于合同的实体权利的行为,只是其主张权利的方式是违法的。在因复杂的民事合同纠纷而引发的刑事案件中,民事义务违反及其程度的判断对刑事违法性判断的意义更为重要。例如,甲方与乙方签订房屋租赁合同,双方约定了明确的违约条款,即乙方如果存在违建的情况,甲方有权终止合同并要求乙方拆除违建装置,但双方约定了30天整改期限。后乙方实施了严重的违建活动,甲方及消防部门多次提醒,甲方沟通未果后,提示乙方如在整改期限内不拆除违建装置,将终止合同并予以清场。在整改期限未届满之前,甲方负责人认为乙方根本没有履行意愿,即主张强制清场、终止合同履行,随后甲方在没有通知乙方的情况下,某日夜晚组织员工进入乙方租用场地将乙方办公物品全部搬出,并拆除违建装置。乙方与甲方继续沟通未果情况下,向公安机关报案,认为甲方负责人等构成强迫交易罪(《刑法》第226条第5项)。本案中,在乙方严重违约的情况下,甲方有权解除租赁合同。关键问题是,甲方没有履行合同中有关整改期限的规定,在整改期限未届满时强行解除合同是否妥当?如果认为甲方无权在期限未届满前解除合同,则其强行解除合同的行为就违反了合同义务,也就没有正当基础,进而就可能构成强迫交易罪。对于这种情形,甲方可以援用《民法典》中不安抗辩权的规定(第527条)作为提前终止合同的理由,由此可以认为,其提前终止合同并未实质违反合同义务,因而不能认为其行为构成强迫交易罪。

五、民事义务违反判断功能的有限性

将民事义务违反作为针对个体性权益犯罪的刑事违法性判断的步骤,其论理基础与源自德国的“法秩序统一”原理是相吻合的。不过,我国对这类问题的分析,应以法制统一原则(《立法法》第4条)为基本教义,这一原则要求同位阶和不同位阶的法律之间不能发生冲突。^{⑤6}基于这一原则,可以得出三点论断:一是,任何制裁都应以行为主体违反义务为根据,义务主要来源于法律规定的调整性规范,部分来自于与国家法治精神相一致的社会规范;二是,不同法律所构建或者维护的秩序,在行为合法或者违法的判断上应保持一致,制裁性法律对违法的判断应与调整性法律对违法的判断保持一致;三是,刑法不具有构建秩序的功能,只有维护秩序的功能,因而在刑事违法性判断上应向构建秩序的法律(即所谓“前置法”)看齐。其实践根据则是,在大量针对个体性权益的刑事案件处理过程中,犯罪嫌疑人或被告人往往会以其行为没有违反义务或者有一定权利基础作为无罪或罪轻理由,对于这类问题必须予以正面回答;简单地以“刑法的独立性”“刑事违法性判断的特殊性”或者“刑法定罪的‘穿透性’‘实质性’”进行论证,都难以形成充分的说服力。

在刑事违法性判断中,考量民事义务违反这一因素,会使得刑事违法性判断在一定

^{⑤6} 参见李飞:《立法法与全国人大常委会的立法工作》,十三届全国人大常委会、专门委员会组成人员履职学习讲稿,载中国人大网: <http://www.npc.gov.cn/npc/c541/201806/9d6777a14f994ac59c1728a9fa84e9f4.shtml>, 2021年12月30日访问。

程度上更为复杂,同时,有关犯罪成立的判断要向基于民法规范的判断结论“看齐”。如此解释方法,会在一定程度上消解刑法解释论的实质化倾向。刑法实质解释论是将刑法规范体系视为一个封闭的系统加以看待,对其他部门法律规范及解释规则采取较为排斥的态度,其具体表现是,在刑法解释中,尤其是在确定法益内涵、刑法规范目的时,以一个“内视角”作为解释路径并推演结论;即便有时不得不寻求刑法之外的理论根据,往往也是从法哲学或法社会学角度推演,而不主动从其他部门法中寻求根据。这种实质解释论在刑事司法实践中很容易受到源自其他部门法规范和原理的质疑和挑战,而将民事义务违反(以及行政法律义务违反)纳入刑事违法性判断当中,不仅符合法制统一原则,而且可以直面挑战、化解质疑。

当然,对于针对个体性权益的犯罪而言,虽然刑事违法性判断对基于民法规范的判断结论具有一定程度的依赖,但不能因此否定刑事违法性判断的特殊性。这可以从四个方面进行理解:

第一,考量违反民事义务的内容有利于发现、确定具体犯罪的法益,但具体犯罪法益内涵的确定,还需要结合其他因素判断。对某一犯罪法益内涵以及具体刑法规范的规范目的的确定,其根据之一就是前规范即调整性规范的内容,其中主要是义务的内容,如此就可以确定其保护的社会关系的类型及内容。对法益内涵的界定,应与违反义务的内容具有一致性,因为违反义务的后果就是侵犯了他人的合法权益,而这种权益实际上也就是法益的基本内涵。不过,对于民刑关系问题而言,《民法典》提供的义务性规范通常具有概括性、原则性,因而不足以用来推导某一犯罪的保护客体的确切内涵。对具体犯罪法益的界定,还需要从构成要件以及刑法规范体系的角度进行。

第二,民事义务违反的判断结论对刑事违法性判断会产生关联性影响,但在民法理解存在争议的情况下,可从行为及其后果的危害程度上进行合理判断进而选择妥当的解释结论。例如,关于不法原因给付的问题,民法上存在“交付”和“委托”两种学说。^⑦在中间人非法占有行贿人委托其行贿的贿款时,按照“交付说”,行贿人已经丧失所有权,中间人的行为没有侵犯到行贿人的所有权,因而中间人的侵占行为不构成侵占罪;按照“委托说”,行贿人只是委托性地将钱财交给中间人,并非民法意义上交付,因而行贿人并没有因交付而转移所有权,而只是转移占有权。就我国刑法侵占罪而言,对于《刑法》第270条第1款“代为保管”的解释,通说认为,行为人合法取得占有权而非所有权。^⑧从这个角度来看,对不法原因给付问题,以民法理论中的“委托说”作为判断民事义务违反的根据是恰当的,也能够为这种情形中刑事违法性的判断提供依据,即行为人违反了其受托义务且侵犯了行贿人的财产所有权。

第三,刑事违法性判断存在“罪量”上的权衡,而民事义务违反没有危害程度判断

^⑦ 参见〔日〕佐伯仁志、道垣内弘夫:《刑法与民法的对话》,于改之、郑小宁译,北京大学出版社2012年版,第51-52页。该书译者用了“给付”和“寄托”的表述。本文使用我国民法典中“交付”和“委托”的术语。

^⑧ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第512页。

的功能。我国刑法对具体犯罪的规定,多数都有罪量的要求,进而限缩刑法的惩罚范围。对刑事违法性的判断,就需要有罪量上的考量。有学者坚持“刑事法定量”,实际上也是认为犯罪成立需要考虑危害程度这一“量”的因素,当然,如前所述,简单以罪量区分犯罪与其他类型违法行为是不妥当的。民事义务违反判断,只能直接得出“是与否”的结论,不能得出违反义务所造成损害程度的结论;而义务违反人应承担的民事责任包括赔偿数额计算,与行为人应承担刑事法律责任以及犯罪数额的计算方式并不相同。

第四,对民事义务违反的判断应进行综合考量,不能简单地将某一民法规范与刑法规范对应起来判断是否存在从属性。例如,行为人以欺诈方式骗取银行贷款的,根据《民法典》第148条和第152条规定,当银行的撤销权消灭的情况下,该贷款合同即为有效合同,如此是否意味着这类行为不构成骗取贷款罪呢?显然不是,从学理上讲,即便认为该贷款合同有效,当事人不能通过主张合同无效而恢复权利,但仍可以侵权为理由主张民事赔偿。进言之,行为人以合同形式进行欺诈进而损害他人财产权的,该合同并不必然无效(符合《民法典》第153条规定的除外),但符合侵权责任构成要件的,财产权受侵害一方仍可以基于侵权主张权利。^{⑤⑥}相应地,这也就为刑事违法性的证立解决了民事义务违反这一步骤的判断问题。反之,如果根据民法判断不具有侵权性质,就不能完成这一步骤,应当认为其行为不具有刑法上的违法性。^{⑥⑦}

六、结 论

在针对个体性权益犯罪的刑事违法性判断中引入民事义务违反的判断步骤,其目的是确保刑事违法性判断及其结论的可靠性,并保持不同法律适用之间的协调与平衡。就针对个体性权益犯罪而言,民事义务违反的判断,只是刑事违法性判断的一个步骤,但却是不可省略的一步。如果基于民法规范及其法理认为,待判断的行为具有侵权性质,就满足了该行为构成相应犯罪的必要条件;当然,这一行为可能同时也是无效的或者可撤销的民事法律行为。

将民事义务违反作为分析路径,对本文第二部分归纳或引述的问题应该给予如下回答:(针对问题1)民事欺诈与诈骗罪或合同诈骗罪是不同的法律概念,但成立诈骗犯罪的事实行为也构成民事欺诈行为,反之则不一定。(针对问题2)如果一个事实行为已经构成民事欺诈,则需要通过刑法规范判断其是否构成某一具体犯罪,尤其需要判断行为人是否具有诈骗的故意以及导致受害人财产损失;民法上的义务违反判断在刑事违法性

^{⑤⑥} 另外一条思路是从《民法典》第153条第1款的规定来处理这个问题。该条规定,“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”。如果认为,这里的“强制性规定”包括刑法的话,则也可以认为,骗取贷款罪的情形下,贷款合同无效。但刑法规范能否决定民事法律行为的效力?恐怕是令人怀疑的。该条也规定,“但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”。从但书规定看,这一思路也走不通。

^{⑥⑦} 需要说明的是,侵权责任的成立要求损害发生,而刑法规定犯罪未遂乃至预备也是刑事可罚的。因而这里强调行为具有侵权性质,即一旦损害结果发生就构成侵权,而不限于已经成立民事侵权。

判断过程中只是一个步骤。(针对问题 3) 构成诈骗犯罪的事实行为同时是民事欺诈行为, 如果涉及民事合同则可能存在无效或者可撤销的情形, 也可能因当事人没有行使撤销权而生效, 但该行为同时成立民事侵权。(针对问题 4) 针对个体性权益的犯罪(并非所有犯罪) 的成立, 应以违反民事义务为必要条件。(针对问题 5) 符合某一刑法规范的构成要件行为, 如果在民法或者行政法中被允许, 则在刑法上不具有违法性。(针对问题 6) 在民法或者行政法中被禁止的行为, 如果符合某一犯罪的构成要件, 并不当然构成刑事不法, 还需要结合具体犯罪的特征进行判断。

Abstract: The issue of the relation between civil and criminal legal rules refers to such a condition whether and how to consider the conclusion of the judgment by civil legal norms on behavior when analyzing the criminal legal nature of the same behavior. Theories of monism and pluralism on illegality have different understandings of this issue. Crimes are illegal behaviors which violate relevant specific duties, so in resolving this issue judging the civil duty violation shall be a step of the process of the judgment of criminal illegality of the crimes against individual rights and interests. Taking duty violation as analyzing instrument, first of all, it shall be to reasonably define the discourse domain of this issue, and clarify the legal source of duty violation and attributes of such norms, and then clarify the approaches of looking for the norms of civil duties. The conclusion of the judgment of civil duty violation has a prerequisite impact on the certification of the criminal illegality of relevant crimes, while an act which does not violate the civil duty cannot constitute crimes against individual rights and interests. However, the independent significance of the judgment of criminal illegality cannot be denied accordingly. Civil law and criminal law hold different values and legal adjustment aims, but these differences do not affect the consistency of the necessary basic direction in explanatory theory.

(责任编辑: 王 楷)