

合同民刑交叉法律问题研究

CIVIL OR CRIMINAL: LEGAL RESOLUTION OF CONTRACT CONFLICT AND CONTRACT FRAUD

孙兴华 著



中国人民公安大学出版社

合同民刑交叉法律问题研究

**Civil or Criminal: Legal Resolution of
Contract Conflict and Contract Fraud**

孙学华 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

合同民刑交叉法律问题研究/孙兴华著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5653 - 2772 - 8

I. ①合… II. ①孙… III. ①合同法—研究—中国 IV. ①D923. 64
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 257356 号

合同民刑交叉法律问题研究

孙兴华 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2016 年 12 月第 1 版

印 次: 2016 年 12 月第 1 次

印 张: 12. 25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 255 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 2772 - 8

定 价: 50. 00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zhs@cppsup.com zhs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

教材分社电话: 010 - 83903259

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

序

在市场经济的各种交易活动中，合同是个重要内容，由此引发的纠纷也层出不穷，严重者如合同诈骗，还涉及刑事问题，如何区别二者并有效解决，需要深厚的民商法和刑事法的理论功底以及对有关实践的充分把握。孙学华所著的这部《合同民刑交叉法律问题研究》，对合同民刑交叉的理论作了较为深入的探讨，并在实际调研的基础上，结合具体问题，对合同民刑交叉错位的各种表现形态进行了详细分析，提出了可行性较强的治理思路，具有重要的理论和实践价值。

孙学华是我指导的博士生，这部《合同民刑交叉法律问题研究》是在其博士学位论文的基础上修缮而成。当初这个主题是我建议她进行研究的，论文完成后，聘请了刑法方面的专家学者予以评审，并得到认可，最终顺利通过答辩也是情理之中。然人无尽善，作无尽美，个中不足，还有待广大读者慧眼识之。

是为序。



2015年6月6日

目 录

引言	(1)
第一章 合同民刑交叉概述	(9)
第一节 合同民刑交叉的概念与认定	(9)
第二节 合同民刑交叉的基础类型	(17)
第三节 合同民刑交叉的基本规制	(35)
第二章 合同民刑交叉界定的理论基础	(46)
第一节 合同民刑交叉界定的思想基础	(46)
第二节 合同民刑交叉界定的基本原则	(56)
第三节 合同民刑交叉界定的主要范式	(68)
第三章 合同民刑交叉错位的具体形态与危害	(74)
第一节 合同民刑交叉错位的欺诈形态	(74)
第二节 合同民刑交叉错位的形态	(88)
第三节 合同民刑交叉错位的原因与危害	(101)
第四章 合同民刑交叉错位治理的主要进路	(108)
第一节 法制原则与经济原则的冲突和调适	(108)
第二节 完善立法的进路	(109)
第三节 治理民刑交叉错位问题的司法进路	(132)
第五章 合同民刑交叉错位治理的实践运用	(139)
第一节 牟其中信用证诈骗案的治理分析	(139)
第二节 许某涉嫌合同诈骗案的治理分析	(143)
第三节 周某骗取上市公司巨额资金案的治理分析	(146)
第四节 民刑交叉错位治理观点的不足与改善	(151)
结语	(155)
主要参考文献	(156)

附录一 调查问卷	(161)
附录二 所涉及相关法律规定名称及内容（摘录）	(167)
致谢（代后记）	(190)

引 言

一、论题背景及意义

随着我国社会主义市场经济体制的建立及国民经济的飞速发展,经济纠纷和经济犯罪也越来越多。市场经济是以自由交易为基础的法治经济,而合同是经济交易的工具和法律形式。因此,在市场经济条件下经济纠纷和经济诈骗的重要表现形式之一就是合同纠纷和合同诈骗。当前,我国仍处于社会主义初级阶段,社会主义市场经济也处于发展和完善阶段,虽然社会主义特色的法律体系已经初步建立,但是诚信和道德的培养却需要较长的时间。目前,因为诚信的缺失,合同纠纷和合同诈骗层出不穷,已经成为我国当前市场经济中一个非常突出的问题。这一问题正在侵蚀市场经济的基础性交易活动,严重影响市场经济的秩序、效率和国民经济的发展。减少和解决合同纠纷及合同诈骗问题,需要多种措施和多方面的努力。市场经济是法治经济,合同是市场交易的法律形式,因此法律是解决合同纠纷和合同诈骗最主要的依据。

在依法解决合同纠纷和合同诈骗的过程中,我国当前的法律所存在的最大的难点是对二者的区分问题。合同纠纷属于民事领域的纠纷,合同诈骗属于刑事犯罪的范畴,因此各自的法律解决途径有所不同。然而,由于合同纠纷和合同诈骗存在民刑交叉的问题,司法实践中大量存在将合同纠纷刑事化处理或者将合同诈骗民事化处理的不合理甚至是违法的现象。这些现象的存在,固然有司法机关及其工作人员执法水平的原因,包括对法律的理解不准,甚至是玩忽职守、徇私枉法等,但问题的源头在于立法环节。

对合同纠纷与合同诈骗民刑交叉问题的研究,将丰富我国合同法、刑法及诉讼法的理论,具有一定的理论意义。对此问题的研究,还将会在理论研究的基础上,对可能的法律修订提供适当的理论支持和国外经验的借鉴;在既定立法的前提下,对司法机关提供适当的和合理的建议,因而将具有一定的法律实践意义。除此之外,对合同纠纷与合同诈骗民刑交叉问题的研究,还将有助于最终解决我国当前广泛存在的合同纠纷与合同诈骗问题,从而有助于提升经济效率,促进国民经济的健康发展,维护社会主义法治秩序,并有助于消除社会的不稳定因素,提升社会的和谐程度,因而本研究也具有一定的社会和经济实践价值。

二、文献综述

(一) 国内文献综述

由于民刑交叉及其错位问题是一个广泛涉及市场经济领域的民法制度和刑法制度且具有重要经济影响的问题,因此国内外法学界对此都有较多的论述。总的来说,国内法学界对于合同纠纷、合同诈骗进行的研究较多,成果也较为丰富。但是,对于合同纠纷与合同诈骗民刑区分问题的研究则是论文较多、专著较少,专门论述合同民刑交叉错位问题的资料更是少之又少。

从具有较大影响力的论文来看:2004年,陈兴良教授对“先刑后民”的原则持否定态度并进行批评,他的主要观点有:一是主张“先民后刑”,认为被害人应在程序上享有选择权。在司法实践中如果出现民刑竞合,究竟是选择“先刑后民”还是“先民后刑”呢?这反映出两种价值观念,即“先刑后民”体现的是公权优先的价值观念,这与法治理念相悖。“先民后刑”体现的是私权优先的价值观念,这才符合法治精神,应当坚持私权优先,当事人应当享有程序上的选择权,公权不得张扬,私权不得受压抑。二是认为在民刑边界清晰的情形下可以适用“先刑后民”的处理原则;当民刑边界不清晰、出现民刑交叉难以分清时不能适用“先刑后民”,而是要尊重当事人的选择权。三是认为“先刑后民”的适用至少产生三个弊端:第一,地方保护主义有机可乘;第二,司法机关干预经济纠纷成为可能;第三,为恶意滥用公权力谋私利、浪费国家司法资源谋私利提供依据。四是提出民刑交叉案件处理原则:第一,在民刑可分的情况下,采用“先刑后民”的处理原则;第二,在民刑难分的情况下,采用“先民后刑”的处理原则;第三,在民刑互不影响的情况下,采用“边刑边民、民刑并举”的处理原则。^①笔者认为,陈兴良教授对“先刑后民”司法原则的批评以及对民刑竞合问题的阐述不仅符合市场经济制度发展的需要,而且符合法治原理,对民刑交叉错位问题的处理具有重要的指导意义。但是,美中不足的是陈兴良教授对“先刑后民”司法原则的批评过于笼统,而且大多是基于先市场或权利,尔后才是法律或权力干预的原则提出来的。这种思路大体而言是正确的,符合市场经济及其法治原则的基本要求,在有关问题确实构成犯罪的情况下,从抓大放小或方法论的角度上来看,“先刑后民”也具有一定的合理性。细说起来,相关问题的处理既不是必然的“先刑后民”,也不是必然的“先民后刑”。与此同时,在民刑发生竞合的情况下,也不能根据民刑是否可分的原则来处断。因此,陈兴良教授观点的不足主要是:只看到了刑事、民事问题的不同形式,而忽视了上述两类问题实质上的相通性质,必然具有局限性。

在陈兴良教授批评“先刑后民”原则的同时,也有学者坚持认为“先刑后民”

^① 陈兴良. 关于“先刑后民”司法原则的反思. 北京市政法管理干部学院学报, 2004(2).

的司法原则具有一定的合理性。例如,胡建生教授的观点:一是认为“先刑后民”可行并有一定的积极意义。他认为无论理论还是实践,都应该体现刑法是公法的力量,保护社会公共利益;民法的价值取向是保护具体某个单位或个人的私利,属于私法范畴,公利应重于私利。从司法实践看,国家、地方、集体、个人关心和追求的利益观不同,民事纠纷的当事人关心的是民事权益的实现,公权力关心的是国家层面的社会公共利益;地方政府或司法机关一旦有地方保护主义者的思想,关心的就是本地区的利益。这容易导致重民事纠纷的处理和民事权益的保护,轻对刑事犯罪嫌疑人刑事责任的追究。^①二是认为“先刑后民”不宜作为一个司法原则。笔者认为,虽然胡建生教授的“先刑后民”不宜作为一个司法原则的观点具有一定的前瞻性,但关于公共利益(或公法)与私人利益(或私法)冲突的介绍,尤其“使民事权益的保护只有在刑事犯罪行为也受到追究的前提下才能实现”的观点,实难苟同。由此可以看出,尽管陈兴良教授等人已经明确对先刑后民的司法原则提出了批评,但是基于传统观念和制度的原因,有关问题的论述尤其系统的阐述仍然是非常必要的。

2008年,李兰英教授从技术、情感层面进一步论证民刑交叉案件的问题,主要观点如下:一是认为两大法系国家的处理民刑交叉案件的方式不同。英美法系国家一般采用在刑事审判后再提起独立的民事诉讼的方式;大陆法系国家则采用刑事附带民事诉讼的方式,并赋予受害人选择权,即可以提起单独的民事诉讼,也可以在刑事审判中提起民事请求。二是认为虽然各国的处理方式不同,但解决问题的思路相同。尤其是对民事诉讼效力方面处理的思路相同,即有罪或无罪判决对随后民事诉讼的效力是不同的。我国民刑交叉案件中既判力问题的解决思路是刑事判决应当对随后的民事诉讼具有既判力。三是认为民事裁判对刑事诉讼没有既判力。民事诉讼和随后的刑事诉讼,无论民事诉讼的结果如何,都不会影响随后的刑事诉讼,即民事裁判对刑事诉讼没有既判力。^②笔者认为,李兰英教授对民刑交叉案件管辖的技术分析是有意义的。尤其该论者根据两大法系、不同类型的民刑交叉案件既判力得出的技术结论,对我们分析民刑交叉错位问题具有重要的指导意义。但是,李兰英教授的这篇文章忽视了民刑交叉案件处理的一个重大问题,即相关问题的落脚点不是技术和情感问题,而是利益和效果问题。当然,这一点还会在后文中作出说明,在此不再赘述。

四川大学魏东教授对民刑交叉的问题给出相对系统的论述。2009年,魏东教授对民刑交叉的定义作了专门介绍,在此基础上还对该类问题的处断作了一些说明:“刑民交叉,是指刑事案件和民事案件由于特定因素的关联而出现交叉或者并

^① 胡建生.“先刑后民”不宜作为一项原则来强调.北京市政法管理干部学院学报,2004(2):17.

^② 李兰英.从技术到情感:刑民交叉案件管辖.法律科学,2008(4):79-82.

存的现象。以法律事实的个数为‘统一标准’，可以将刑民交叉总体上分为‘多个事实关联型’刑民交叉和‘同一事实竞合型’刑民交叉两类。刑民交叉案件的既有解决办法是以‘先刑后民’为原则，以‘刑民并行’和‘先民后刑’为补充，但是这种解决办法出现的问题比较突出且反对的声音比较多。因此刑民交叉问题对策研究期待理论创新。”^① 基于交叉的事实基础，将民刑交叉分为多个事实关联性民刑交叉和同一事实竞合型民刑交叉具有一定的区分意义。但是，考虑到交叉因素的存在，同一事实的判断未必非常确定。再者，民刑交叉问题的研究是为了相关效果的改善，是否为同一事实并不是问题的关键。从这个角度来看，魏东教授关于民刑交叉问题的论述必然存在一些不够准确的因素，可能影响相关问题的分析、判断。以“多个事实关联型”民刑交叉案件的程序选择为例，根据相关的交叉类型，魏东教授提出应以“民刑并行”为原则，以“先刑后民”和“先民后刑”为补充。但实际上，民刑交叉案件的处理是以案件效果的改善为目的的，究竟是先民后刑、先刑后民还是民刑并行，应以案件的具体情况为依据，尤其应以是否构成犯罪、是否有利于当事人利益恢复等情况来分析，否则我们研究民刑交叉案件处理的意义将会大打折扣。

当然，还有一些学者从区分合同纠纷与合同诈骗的角度对民刑交叉的问题展开了论述。例如，华东政法学院的陈思群同学在其硕士论文《合同诈骗罪与合同民事欺诈区分方法的重构及运用》中提出了“诚意区分体系”的观点，试图以“履行合同的诚意”为核心来构建区分的标准。^② 再如，湖南大学的李军同学在其硕士论文《论合同欺诈与合同诈骗罪的区别》中试图按照通常的研究思路从主观和客观方面来区分合同欺诈和合同诈骗罪。^③ 这些成果也深化了民刑交叉问题的研究，对相关错位问题的研究是有参考意义的。

从相关的专著来看：沙君俊在其博士论文的基础上，于2004年出版了《合同诈骗罪研究》一书。该书细致地研究了合同诈骗罪，分别从合同诈骗罪的历史沿革、客体、客观方面、主体、主观方面、认定、形态、处罚以及立法构想方面进行了详细的梳理和论证。沙博士在该书中非常详细地罗列和归纳了国内学者的相关研究，并在此基础上通过科学的论证，提出了很多有价值的观点。例如，在民事欺诈与合同诈骗罪的关系问题上，沙博士认为合同诈骗罪与合同民事欺诈行为常常发生规范竞合，即构成合同诈骗罪的行为同时也构成了合同民事欺诈，但是构成合同民事欺诈却不一定构成合同诈骗罪。^④ 再如，对于当前《刑法》中关于合同诈骗罪的

① 魏东，钟凯．刑民交叉及其关涉问题．四川警察学院学报，2009（4）：40．

② 陈思群．合同诈骗罪与合同民事欺诈区分方法的重构及运用．华东政法学院硕士学位论文，2004：79．

③ 李军．论合同欺诈与合同诈骗罪的区别．湖南大学硕士学位论文，2008：98．

④ 沙君俊．合同诈骗罪研究．人民法院出版社，2004：215．

罪状描述,沙博士在指出存在的问题后,进一步建议:应明确界定合同诈骗罪的“合同”为“市场交易合同”;将“签订合同”修改为“订立合同”,从而避免口头合同不能成为合同诈骗罪的合同这一问题;具体表述“骗取”的含义为“采取虚构事实、隐瞒真相的手段,使对方当事人产生错误认识交付财物或者提供有偿服务、有偿消费或者其他能够以金钱估价的财产性利益”。^①至于合同纠纷与合同诈骗的区分,沙博士在其著作的第六章“合同诈骗罪的认定”中也进行了较为细致的研究,并且主要关注了其中合同民事欺诈行为与合同诈骗罪的区分。沙博士认为,二者主要在主观方面和客观行为表现方面有所不同。主观方面,合同诈骗罪的行为人在主观上具有非法占有对方当事人财物的犯罪目的;而合同民事欺诈行为人在主观上没有非法占有对方当事人财物的犯罪目的。^②行为表现方面,合同诈骗罪的行为人在客观上采取了虚构事实、隐瞒真相的欺诈手段;而合同民事欺诈行为人在客观上没有采取虚构事实、隐瞒真相的欺诈手段。^③显然,沙君俊博士的《合同诈骗罪研究》一书,是目前国内关于合同诈骗罪研究的代表作,学术价值和实践价值都较高。然而,美中不足的是,沙博士的著作在国内外的比较研究方面,似乎不太全面和深入,对国外立法和研究的借鉴也不够全面和深入。

合同诈骗罪的研究方面,还有黄晓亮、黄伯青编著的《合同诈骗罪专题整理》一书,该书也较全面地整理了学界对合同诈骗罪的研究。至于合同纠纷与合同诈骗的关系,该书认为合同诈骗罪与经济合同纠纷的关键区别在于行为人是否通过签订或履行合同而非法取得财物。^④但是,如书名所示,该著作只是对于合同诈骗罪相关研究的一种整理,并没有深入地进行研究;至于合同纠纷与合同诈骗的区分问题,该书的研究也同样不够全面和深入。除了以上两部著作外,在合同诈骗罪的研究方面,还有张志勇等编著、高铭暄先生审定的《诈骗罪专题整理》一书,虽然该书是关于诈骗罪的,但其中也涉及了合同诈骗罪的一些内容。

总的看来,国内对合同民刑交叉问题的研究主要停留在相关概念和原则的批判、构建层面。国内对合同纠纷和合同诈骗民刑区分的研究,多以法的规范分析和实证分析为主,较少涉及法的价值分析。其中,绝大部分又是在既定立法的前提下,运用各种解释对现有的法律规定进行规范分析,或者对司法环节进行实证分析。由于相关法价值分析的缺乏,直接导致学界对于立法所存在的问题关注较少,更缺乏相关问题、原则的深入思考。另外,民刑交叉问题的研究还普遍存在比较研究不足的问题。从现有的资料来看,相关研究成果极少提及国外的情况,也很少引用国外的资料,很让人费解。当然,最重要的是,在合同民刑交叉错位问题的专门

① 沙君俊. 合同诈骗罪研究. 人民法院出版社, 2004: 260.

② 沙君俊. 合同诈骗罪研究. 人民法院出版社, 2004: 212.

③ 沙君俊. 合同诈骗罪研究. 人民法院出版社, 2004: 212.

④ 黄晓亮, 黄伯青. 合同诈骗罪专题整理. 中国人民公安大学出版社, 2008: 27.

研究方面相关成果特别缺乏。正因为如此,笔者仅能从民刑交叉、合同诈骗等一些相关的研究成果出发来讨论合同民刑交叉的问题。

(二) 国外文献综述

因为法律制度的不同,无论是大陆法系还是英美法系,其法律界似乎都没有太多关注合同纠纷与合同诈骗的民刑区分问题。英美法系中,学界对于合同欺诈与合同诈骗关注的重点是其诈骗本身的认定,以及之后民事与刑事诉讼程序的不同及对二者在实践中的选择。例如,Mcguire 在 *Civil vs. criminal: differences and similarities in fraud* 一文中认为,在民事欺诈诉讼中,原告至少要证明以下要件:被告故意对重要事实的虚假陈述或者隐瞒重要事实、被告有引诱原告做出或者不做出某种行为的意图、原告受到损害、损害与被告的行为间有因果关系。有美国学者指出,很多欺诈都可以同时引发刑事和民事两种诉讼:检察官提起刑事诉讼,而受害人同时提起民事诉讼。但是,Ronald B. Standler 在 *Differences between Civil and Criminal Law in the USA* 一文中认为,当事人应当在两种诉讼程序中根据合同的规则进行选择。显然,美国学者的研究似乎没有关注合同纠纷与合同诈骗的民刑区分问题,这大概是因为很多欺诈在美国都可以同时引发刑事和民事两种诉讼:检察官提起刑事诉讼,而受害人同时提起民事诉讼。

在外国刑法立法中,作为欺诈犯罪之一的合同诈骗罪的立法资料相当丰富。例如,《加拿大刑事法典·关于刑事法典的法律》(1985年加拿大修正法第46章及修正案)根据合同诈骗罪的不同情况分别规定了以下相关的罪行:欺诈罪、与契约和贸易有关的欺诈交易犯罪,等等。《法国刑法典》没有专门规定金融诈骗犯罪,在相关的法律体系中,主要是通过普通法与特别法共同规定相关的金融诈骗犯罪。很显然,相关的民刑交叉问题也包含在其中。例如,《法国刑法典》第313-1条规定了诈骗罪;1935年,该国颁行的《支票法统一令》第64条规定了签发空头支票罪;该国1968年7月31日颁行的68-690号法令(简称《1968年法》)第22条专门规定了公共财政金融罪。此外,《法国社会保险法典》规定了保险诈骗罪,相关的贷款诈骗犯罪从属于相关的贷款法律法规中。在法国的相关立法中,还有一点需要特别说明的:法国的相关诈骗犯罪,虽然也都是故意犯罪,但是只要具有一般的欺诈故意即可。关于这一点,尽管有所反复,但最终还是采取了一般欺诈故意的立法模式。例如,前述的《1968年法》明确要求以非法获取某种钱财或利益为目的,而在法国1997年起草的《保护欧盟经济利益刑法典(草案)》中,不仅没有这么明确的故意要求,在相关的资助诈骗犯罪立法中,其主观要件甚至规定既可以由故意构成,也可以由轻率构成。^① 在英国,关于共谋诈骗犯罪的立法非常特

^① 刘明祥,冯军. 金融犯罪的全球考察. 中国人民大学出版社,2008:152.

别：在2004年“R诉K和其他人”引诱他人投资罪、共谋诈骗罪的案件中，^① K与其他被告人诱骗投资者给某些无资产的公司进行投资。起诉指控被告人向投资者作虚假陈述，告诉他们一共有十二种投资获利的方式。本案中，法官指出：“只要证明被告人之间订立了让投资者拿出资金进行投资，不需要在通过什么方式让股东投资，以及通过什么方式向其陈述达成协议的问题上要求陪审团形成一致意见……应当将犯罪的构成要件与犯罪的细节区分开，如何具体实施共谋协议的问题不是协议的构成要件，只要达成实施共谋协议的概括故意即故意就足够定共谋诈骗罪。”^②很显然，英国共谋诈骗犯罪立法的特别规定对我们进一步思考诈骗犯罪的罪过内容具有重要的启示作用。

通观英美国家的金融诈骗犯罪立法，存在两个方面的突出特点：第一，实体法与程序法之间的协调是非常突出的；第二，民商事法律、行政法与刑法之间的衔接是非常紧密的。反观我国的相关立法，不仅民刑交叉案件的关系难以理顺，而且存在相互割裂的问题。尤其大陆法系学者对合同纠纷与合同诈骗的研究重点似乎在对于构成犯罪情况下的民事诉讼的处理上，这一点对我们的启发更加明显：大陆法系一般不允许针对同一行为同时分别提起民事和刑事诉讼，而会在同一判决中解决针对私人的赔偿问题和针对侵犯公共利益的责任问题，而英美法系则允许针对同一行为同时分别提起两种诉讼。在德国，对于合同纠纷与合同诈骗的关系，欺诈情节或者后果严重的，可能会构成《德国刑法典》第263条规定的诈骗（Betrug）罪。^③很显然，不管是禁止同时提起民事、刑事诉讼的规定，还是根据后果不断改变罪名的情况（符合罪刑相适应原则的要求），都具有一些合理因素，值得我们借鉴。

三、研究方法

根据研究工作的需要，本书主要采取了规范分析法、比较研究法、案例分析法等研究方法。

第一，规范分析法。本书对民刑交叉错位问题的分析具有突出的法规范性，不管成罪与否的判断，亦民亦刑还是或民或刑的方法的提出，还是系统治理的方案，都是建立在相关法律规范系统之上的规范分析。

第二，比较研究法。有比较才有进步，通过对国外相关政策的比较，可为我们存在的问题提供一种有效的借鉴和完善。与目前国内通常的对合同纠纷与合同诈骗问题的研究不同，本书还对这一问题进行了大量的比较研究。具体而言，本书不仅梳理了英美法系主要国家对这一问题的相关立法规定和司法实践，以及学者的研究

^① R. v. K& others, [2004] All ER (D) 39 (Nov); [2004] EWCA Crim2685, Court of Appeal, Criminal Division.

^② 王文华. 欧洲金融犯罪比较研究. 外语教学与研究出版社, 2006: 198.

^③ 叶名怡. 涉合同诈骗的民法规制. 中国法学, 2012 (1).

成果,也同时对大陆法系的相关立法和理论成果进行了一定的研究。

第三,调查研究方法。在搜集、获取一手资料的基础上进行调查研究,本书主要采取问卷调查等方式分析民刑交叉错位问题的数据,可以直观地反映我国相关问题的严重程度,并为相关治理方案的提出奠定基础。

第四,案例分析法。本文在理论研究过程中还引入了一些司法实践中的一手案例,并通过这些案例来提炼研究的理论成果和进一步检验研究成果,以增强论文研究的科学性和实用性。

需要特别说明的是,在上述方法之中,案例分析的方法起到了特别突出的作用。客观地说,笔者之所以长期关注民刑交叉错位问题,最初就是受一些现实案例的影响。为此笔者收集了一大批与民刑交叉错位问题有关的案例,有些还是最高人民法院的指导性案例,具有较强的代表性。在这些案件的分析中,笔者不仅得知了民刑交叉错位问题的严重性,而且发现了民刑交叉错位的典型情况,并通过一系列的研究逐步寻找到该类问题的解决思路。概而言之,民刑交叉错位问题的基本理论和实践研究都是非常重要的。

第一章 合同民刑交叉概述

有市场交易必然有纠纷,基于定纷止争抑或维护良好市场秩序的需要,国家一方面要确立良好的经济(合同)纠纷解决机制,另一方面也要对严重侵犯市场主体权益,危害市场秩序的诈骗犯罪行为进行惩处。尤其我们国家仍处于社会主义的初级阶段,市场及其法治保障的制度都处于有待完善的阶段,加之社会主体诚信的严重缺失,合同纠纷和合同诈骗问题层出不穷,已经成为严重影响我国经济发展和市场制度完善的问题。然而,合同纠纷与合同诈骗不仅非常相似、难以区分,相关行为的性质和结果也存在相互转变的可能性。司法实践中,考虑到社会发展的具体情况,相关职业能力、司法腐败的实际存在等方面的因素,相关行为的定性还会出现严重的交叉错位的情况——“合同纠纷诈骗化”或“合同诈骗纠纷化”的问题。所谓“合同纠纷诈骗化”是指混淆罪与非罪,将合同纠纷当作合同诈骗来处理的情况。与之相反,如果将合同诈骗当作合同纠纷来处理,则笔者称其为“合同诈骗纠纷化”。以上两种问题势必会带来严重的危害后果:如果将合同诈骗犯罪错误定性为合同纠纷,则会放纵犯罪分子,不利于对受害人合法权益的保护;反之,如果将合同纠纷错误定性为合同诈骗犯罪,则会错误追究当事人的刑事责任,不利于公民权益的维护,更不利于社会主义市场经济的健康发展。

考虑到民刑交叉错位问题认定和治理的复杂性,本文将以合同纠纷与合同诈骗的民刑交叉错位定性的法理分析为主要脉络,着力于合同民刑交叉错位问题的相关概念及其治理等基本理论问题的阐述。

第一节 合同民刑交叉的概念与认定

论及合同民刑交叉的问题,有必要先确定民刑交叉的概念,以及在此基础上的一些相关概念,如合同纠纷、合同诈骗等,对于以上概念的界定是解决合同民刑交叉错位问题的肇始。

一、民刑交叉(竞合)的概念与认定

在民刑交叉的定性中,首先需要说明何谓民刑交叉(竞合)问题,然后再说明其错位问题。其间,交叉因素的提出与错位问题的认定等这些相关的关键问题,

都将对后续研究关系重大。

（一）民刑交叉（竞合）的概念

民刑交叉涉及两个方面的竞合问题：一个是相关行为的竞合；另一个是相关责任的竞合。姜伟教授等认为：“某些案件所涉及的法律关系错综复杂，常常出现在民事和刑事上相互交叉或牵连、相互影响的案件，此即刑民交叉案件。”^① 魏东教授等也提出：“刑民交叉是指刑事案件和民事案件由于特定因素的关联而出现交叉或者并存的现象。”^② 根据交叉的含义，民刑交叉是指案件因素同时涉及民事、刑事案件的情况。考虑到实际的情况，民刑交叉案件中相互交叉的因素是否相互牵连、影响并不是非常确定的。

案件的因素同时涉及民事、刑事案件，也就是说相关案件的因素存在竞合情形。所谓竞合，英译“concurrency; coincidence; overlap”。“concurrency”在元照英美法词典中解释为“同意；赞同；合意”和“同意票”，但是“concurrent”词条解释为“同时发生的；并存的”倒是契合了“竞合”的本义。“concurrent”在Black's law dictionary中解释为：“A meeting or coming together, agreement or union in action; meeting of minds; union in design; consent”，也是共同和会聚的意思。^③ 简而言之，竞合就是相关因素重合在一起的意思。从这个意义上讲，民刑交叉即案件因素同时涉及民事、刑事案件的情况，最关键的就是相关因素的竞合。这些相互交叉、竞合的因素兼有民事、刑事案件的性质，因此民刑交叉的本质就是民刑竞合的问题。

从竞合理论的角度来讲，事务同时具有A和B的属性，会有利于形成A和B之间的沟通、合作，进而形成相对系统、动态的视角，有助于民刑交叉问题的系统解决。同时，经济学的研究也表明了这一点。例如，刘衡等人提出：“竞合（competition）是指两个或两个以上企业（或组织）之间在一些活动中进行合作，同时又在另一些活动中展开竞争。虽然组织间的竞合现象很早就已经出现，但是，竞合正式作为一个独立的研究领域并引起研究者的广泛关注，则是20世纪90年代的事。确切地说，竞合研究起源于Brandenburger和Nalebuff在1996年进行的一项专题研究。此后，竞合理论研究呈现逐步上升的趋势……”^④ 当然，也有学者对“竞合”在经济活动中的消极作用保留有非常谨慎的态度。如李伟铭提出：“有市场就有竞争，竞合是市场竞争发展到一定激烈程度的产物。竞合双方可以在良好的竞合关系中达成共识，加强合作，充分发挥优势，实现共赢，也可能在不良的竞合过程中由于目标、实力和策略的差异而斗争，又回到竞争的老路上去。”“企业并

① 姜伟，范跃如。刑民交叉案件处理机制研究。法商研究，2005（4）：31。

② 魏东，钟凯。论刑民交叉及其关涉问题。四川警察学院学报，2009（4）：40。

③ 周建军。法条竞合犯抑或想象竞合犯。刑事法评论（1）：479。

④ 刘衡，王龙伟，李垣。竞合理论研究前沿探析。外国经济与管理，2009（9）：81。

没有因为竞合时代的到来而轻松,“在竞争与竞合长期共存的市场环境中,一些企业被错综复杂的竞合关系搞得焦头烂额,企业不仅没有捞到好处,实现优势互补,而且把本都赔了,丢掉了自己赖以生存的核心优势……”^①笔者以为,从制度系统的角度来讲,经济学与经济制度的成果是相关社会制度系统的基础。例如,市场经济发展孕育的必然是具有突出主体平等基础和特征的社会制度。与此同时,公共政策的研究也表明,多元主体及其利益存在符合“斗争——合作”的竞合关系。在这样的系统竞合中,利益斗争不过是多元主体及其利益冲突的必然存在,相关的冲突、合作也是促进事务的系统解决和以斗争、合作换取更大利益的进路。

概而言之,民刑交叉抑或民刑竞合就是指案件的某些因素同时涉及民事和刑事案件的情况。相应地,民刑交叉案件的错位就是指民刑案件中相关交叉因素的错位——民事因素的刑事化或刑事因素的民事化,这也是“合同纠纷诈骗化”“合同诈骗纠纷化”问题的论证基础。

(二) 民刑交叉(竞合)的认定

正如学者所言:“刑事案件与民事案件是两类不同性质的案件。通常情况下,它们相对独立、互不相干,各自依据不同的诉讼法予以解决”。^②然而,考虑到特定因素之间相互交叉、影响的关系,民事案件与刑事案件的区分不再是一个非此即彼、泾渭分明的问题了。从这个意义上讲,民刑交叉的案件既可能是一个民事案件,也可能是一个刑事案件。由此可知,民刑交叉案件中相关交叉因素的认定是一个相对意义上的概念,并不存在绝对意义上的民事因素和刑事因素。既然不存在绝对意义上的民事因素和刑事因素,那么相关的错位问题也应该是一个相对意义上的错位。所谓相对意义上的错位,在此是指应该民事化的因素而刑事化,或相反的情况。

与此同时,根据竞合的含义,由于案件的因素兼有民事、刑事案件的性质,因此案件被认定为民事抑或刑事案件都有一定的合理性。当然,考虑到法律的具体规定,部分因素并不能代替全部案件事实:具有民事案件的因素,不等同于民事案件,反之亦然。因此,问题的关键在于应该民事化或应该刑事化的依据,这也是民刑交叉问题定性的基础。对此,需要考虑到从宏观层面研究民刑交叉案件的宗旨和政策问题。说到底,对民刑交叉案件的研究还是为了案件效果的改善。基于改善案件效果的需要,不仅需要考虑到民事案件与刑事案件的差别,也要考虑到二者之间的联系。尤其后者,学界通常认为它是一个非常明确的问题。实际上,基于民事与刑事之间千丝万缕的联系,民事案件与刑事案件之间也没有绝对的界限,二者的区分不仅需要考虑到法制的因素,也要考虑到改善案件处理效果的需要,这也是判断应该民事化或应该刑事化的最终依据。

^① 李伟铭. 反思“竞合”. 改革与战略, 2005 (8): 32.

^② 姜伟, 范跃如. 刑民交叉案件处理机制研究. 法商研究, 2005 (4): 31.