

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

● 山东省社科规划资助项目

武汉大学刑法博士文丛 (7)

刑民分界论

XINGMINFENJIELUN

◎ 于改之·著



中国人民公安大学出版社

山东省社科规划资助项目
武汉大学刑法博士文丛(7)

刑民分界论

于改之 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑民分界论/于改之著. —北京: 中国人民公安大学出版社,
2007.8

(武汉大学刑法博士文丛; 7)

ISBN 978-7-81109-827-3

I. 刑… II. 于… III. ①刑法—研究—中国②民法—研究—
中国 IV. D924.04 D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 136560 号

刑民分界论

XINGMIN FENJIE LUN

于改之 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: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2007 年 8 月第 1 版
印 次: 2007 年 8 月第 1 次
印 张: 12
开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32
字 数: 323 千字
印 数: 0001~3000 册

ISBN 978-7-81109-827-3/D·777
定 价: 30.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn www.porclub.com.cn

武大刑法博士文丛

编 委 会

顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以后，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般说来选题合理，资料翔实，思路开阔，论证充分，精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从 1987 年开始招收博士生。在将近 20 年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。而如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立《武大刑法博士文丛》，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论

刑民分界论

文，形成规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

《武大刑法博士文丛》，由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。《武大刑法博士文丛》的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武大刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生，能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武大刑法学科大力的支持，《武大刑法博士文丛》的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山

目 录

引 论	(1)
一、缘起：刑民之分产生的疑惑	(1)
二、几个基本概念的界定	(7)
三、本文的方法论	(13)
四、本文的研究思路与结构	(21)
第一章 刑民分界前思 (I)：法认识论上的 反思与借鉴	(23)
第一节 反思与借鉴的缘由	(23)
第二节 刑事不法与行政不法的区别	(25)
一、概述	(25)
二、区别理论	(25)
三、理论检讨	(27)
四、结论	(34)
第三节 美国法中刑、民事藐视法庭行为的区别	(34)
一、概述	(34)
二、区别理论	(36)
三、理论检讨	(40)
四、结论	(48)
第四节 小结	(48)

刑民分界论

第二章 刑民分界前思（Ⅱ）：刑法与民法的

规范实像	(50)
第一节 概述	(50)
一、刑法的特性	(50)
二、民法的特性	(52)
三、本文的视角	(55)
第二节 法益保护差异	(55)
一、概述	(55)
二、刑法的法益保护类型	(57)
三、民法的法益保护类型	(60)
四、结论	(60)
第三节 违法性根据差异	(62)
一、概述	(62)
二、刑事违法的根据	(63)
三、民事违法的根据	(70)
四、结论	(72)
第四节 法律责任差异	(74)
一、概述	(74)
二、刑事责任	(83)
三、民事责任	(85)
四、结论	(88)
第五节 小结	(90)

第三章 刑民分界的标准（Ⅰ）：学说及其

标准性评判	(94)
第一节 分界标准概述	(94)
一、违法性的本质	(94)
二、犯罪的概念、本质	(97)
三、违法相对论·质量的区别说	(99)
第二节 法益侵害说	(100)

一、法益概念的演进	(100)
二、法益侵害说的标准性评判	(106)
第三节 规范违反说	(114)
一、规范违反说的演进	(115)
二、规范违反说的基本主张	(120)
三、规范违反说的标准性评判	(123)
第四节 社会危害性理论	(128)
一、社会危害性理论的演进	(128)
二、社会危害性理论的基本主张	(131)
三、社会危害性理论的标准性评判	(136)
第五节 社会相当性理论	(142)
一、社会相当性理论的演进	(143)
二、社会相当性的判断基准	(150)
三、社会相当性理论的体系定位	(151)
四、社会相当性理论的标准性评判	(168)
第六节 可罚的违法性理论	(172)
一、可罚的违法性的理论演进	(173)
二、可罚的违法性的理论基础	(178)
三、可罚的违法性的判断基准	(183)
四、可罚的违法性理论的批判与效用	(188)
五、可罚的违法性理论的标准性评判	(195)
第七节 小结	(203)
第四章 刑民分界的标准(Ⅱ):严重脱逸社会	
相当性理论之提倡	(205)
第一节 严重脱逸社会相当性理论的基本内涵	(205)
一、社会相当性的内涵	(206)
二、严重脱逸社会相当性的内涵	(223)
三、严重脱逸社会相当性的判断基准	(227)
第二节 严重脱逸社会相当性的判断规则	(238)

刑民分界论

一、没有法益侵害就没有犯罪	(239)
二、即使存在法益侵害也未必成立犯罪	(241)
三、严重违反社会伦理的法益侵害成立犯罪	(244)
四、为正当目的而采取的适当手段不成立犯罪	(246)
五、法益侵害与规范违反冲突时,犯罪的成立与否 应视情形而定	(246)
第三节 严重脱逸社会相当性理论的机能	(248)
一、立法论机能	(249)
二、解释论机能	(254)
三、违法性评价机能	(264)
四、责任判断机能	(268)
五、法定刑配置机能	(270)
第四节 严重脱逸社会相当性理论之证成	(272)
一、严重脱逸社会相当性理论与刑法谦抑	(273)
二、严重脱逸社会相当性理论与公众认同	(278)
三、严重脱逸社会相当性理论与人权保障	(280)
四、严重脱逸社会相当性理论与构成要件的明确性	(282)
五、严重脱逸社会相当性理论与我国的犯罪论体系	(284)
第五章 刑民分界标准之贯彻 (I): 严重脱逸社会 相当性理论的立法展开	(286)
第一节 刑事立法的基本原则	(286)
一、合理原则	(286)
二、谦抑原则	(288)
三、科学原则	(290)
第二节 我国当前刑事立法之考量	(291)
一、概述	(291)
二、刑法与严重脱逸社会相当性理论的契合	(292)
三、刑法与严重脱逸社会相当性理论的冲突	(294)
第三节 我国当前刑事立法中的犯罪化与非犯罪化	(300)

一、概述	(300)
二、犯罪化	(301)
三、非犯罪化	(309)
第六章 刑民分界标准之贯彻 (Ⅱ): 严重脱逸社会	
相当性理论的司法适用	(314)
第一节 刑事犯罪与民事不法的一般分界	(314)
一、概述	(314)
二、司法上犯罪判断的基本原则	(317)
三、司法上刑事犯罪与民事不法的一般区分	(326)
第二节 侵犯人身权利罪与侵犯人身权利的	
行为的分界	(331)
一、概述	(331)
二、侵犯生命权的犯罪与侵犯生命权的行为的区分 ...	(332)
三、侵犯健康权的犯罪与侵犯健康权的行为的区分 ...	(333)
四、侵犯名誉权的犯罪与侵犯名誉权的行为的区分 ...	(334)
第三节 侵犯财产罪与侵犯财产权的行为的分界	(335)
一、概述	(335)
二、侵占罪与侵占财物的行为的区分	(336)
三、故意毁坏财物罪与损坏财物的行为的区分	(338)
四、其他特殊情形下侵犯财产罪与	
侵犯财产权的行为的区分	(339)
第四节 经济诈骗罪与经济欺诈行为的分界	(345)
一、概述	(345)
二、合同诈骗罪与合同欺诈行为的区分	(345)
三、贷款诈骗罪与贷款欺诈行为的区分	(347)
四、骗取信用罪与骗取信用行为的区分	(348)
第五节 侵犯知识产权罪与侵犯知识产权的	
行为的分界	(349)
一、概述	(349)

刑民分界论

二、侵犯知识产权罪与侵犯知识产权的行为的 具体区分	(349)
第六节 重大环境污染事故罪与环境侵权行为的分界 ...	(352)
一、概述	(352)
二、重大环境污染事故罪与环境侵权行为的区分	(352)
主要参考文献	(354)
后 记	(368)

引 论

一、缘起：刑民之分产生的疑惑

看到这个题目，可能有很多人感到疑惑：刑法与民法不是早已分离了吗？作为传统法律分类中两种性质截然不同的法领域，刑法是规定犯罪与刑罚的国内公法，其中一造的当事人为代表国家的检察官，规定国家与行为个体之间的关系；而民法则是规定平等个体之间的生活关系或利益关系的国内私法，与国家公权力的行使无关，二者在性质上有着根本性的差异。^①既然如此，刑事犯罪与民事不法的界限亦应如白天与黑夜，之间存在一条明显的楚汉河界。^②然而，当我们对这两个法领域中的某些具体制度进行比较，或者对生活中所发生的一些事实进行思考的时候，我们却无奈地发现，刑民之分并非如大多数人所想象的那样界限分明，二者之间是存在一个“模糊地带”的。很多时候，面对生活中发生的一个个

① 如曾有学者指出，刑法具有区别于其他法律的特有属性，主要表现在：规制内容的特定性、法益保护的广泛性、制裁手段的严厉性、部门法律的补充性以及其他法律的保障性。参见张明楷著：《刑法学》，法律出版社2003年版，第29～30页。

② 基于刑法与民法的上述差异，我们不难看出刑事犯罪与民事不法的区别：法律后果不同、诉讼程序不同、侵犯的法益范围不同，等等。王利明教授认为，侵权行为与犯罪行为的区别可以表现在以下方面：法律依据不同、侵害客体不同、社会危害程度不同、行为人的主观恶性不同、法律对其行为形态的要求也不同。王利明：《民法学》，法律出版社2005年版，第765～766页。

刑民分界论

具体案件事实，我们的大脑迷惑重重：是刑事犯罪，还是民事不法？

（一）迷惑之一：个人利益与共同体利益

众所周知，刑法与民法的分离伴随着公法与私法分化的历史即已产生。但是，上述事实本身即已表明这样一个可能：在分化之前，刑法与民法存在一个“交错”或“合体”时期。从世界法制史的发展历史来看，进入文明社会初期的法典编纂体例，大都是诸法合体、民刑不分。^①如果此时“刑民不分”，那么当时的刑事犯罪与民事不法也不可能“有分”。

英国历史学家梅因（Henry Sumner Maine, 1822 - 1888）通过对古代法典的仔细考察后认为，“古代社会的刑法不是‘犯罪法’；而是‘不法行为法’，或用英国的术语，就是‘侵权行为法’。”^②由于此时被认为受到损害的是被损害的个人而不是国家或社会，国家的官吏此时也只是扮演一个私人仲裁者的角色，因此犯罪并没有独立于侵权行为之外，公民赖以保护使不受强暴或欺诈的不是“犯罪法”而是“侵权行为法。”刑法的真正发展是在国家或社会团体自身受到了损害，尤其是当它感到某种直接作用于私人利益的侵权行为危害了社会团体的共同生活秩序，进而使整个团体受到损害之后，只有在此时，国家才不再以超然的姿态游离于损害之外，而是摒弃“临时被召唤来的私人仲裁者身份”，直接作为当事人的一方介入纠纷。^③

德国哲学家康德（Immanuel Kant, 1724 - 1804）认为，任何人违反公共法律，做了一件公民不该做的事情，就构成犯罪。其中，私法罪（民事不法）是当着受害人的面实施的，如接受委托做买卖而在金钱或货物上贪污、投机，或在贸易上弄虚作假等；而

① 张晋藩主编：《中国法制史》，高等教育出版社2003年版，第2~3页。

② [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1996年版，第208页。

③ [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1996年版，第210~214页。

公法罪（刑事不法）中受到危害的不仅仅是一些个别的人而是共同体，如铸造伪币或者伪造交换证券、盗窃、抢劫等。^①

英国著名法学家 Blackstone 也持这种观点。他认为，私的过错（private wrongs）或民事损害（civil injuries），是损害或剥夺了属于个人民事上的权利；而公的过错（public wrongs）或者说是重罪（crime）与轻罪（misdemeanors），是对公权利、公义务在社会团结效能方面的侵犯与破坏，而公的权利义务来源于整个群体。如果从有土地处分权的人手中扣留一块地，这是一个民事的损害，并不是犯罪。因为此处只涉及个人的权利，对公众而言是不重要的，对我们而言这只是土地所有权的问题而已，但叛乱、谋杀以及强盗被排列于犯罪类型中是恰当的，它们除了对个人的损害之外，同时也危及社会团体的实际存在，不处罚这种行为的社会可能无法存续下去。犯罪都包含着某种损害，所有公的犯罪也都是一种私的过错，并且更为严重，它影响了个人并且同样也影响了群体。^②

维也纳学派的代表人物 Wahlberg 认为，民事不法与刑事犯罪的区别在于，前者侵害了主观的法（权利）的意思、具体的权利关系，后者侵害了客观的、公的法秩序。^③ 虽然他进一步将不法与社会伦理相结合，但其民事不法侵害具体权利关系、刑事犯罪侵害公的法秩序的观念，可以说是与梅因、康德、Blackstone 有异曲同工之妙。

从上述学者关于刑事犯罪与民事不法的有关论述来看，现行民法中的侵权行为与刑事犯罪的发展息息相关，直到国家或社会认为某些侵权行为不仅危害了个人，也危害了国家社会等生活共同体时才将之独立成为犯罪并单独加以处罚。梅因、康德、Blackstone、

① [德] 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版，第 164 页。

② Blackstone, Commentaries IV, 5.

③ [日] 伊东研佑：《法益概念史的研究》，成文堂 1984 年版，第 72 页。

刑民分界论

Wahlberg 就是以“行为所侵害的是个人还是共同体”作为区分民事不法与刑事犯罪的标准。

然而，犯罪行为危害生活共同体究竟是什么意思？如果说犯罪行为危害生活共同体，那么现代刑法中规定的诸多侵犯个人法益的犯罪类型该如何解释？这些侵犯个人法益的犯罪类型在什么地方危害了生活共同体？是如何危害的？如果刑事犯罪的性质果真如上述学者所述，那么对犯罪人进行刑事处罚应该已经足够达成弥补私人关系与公共关系的目的，为什么现行法律制度要求行为人在承担刑事责任的同时，还要对受害人承担侵权行为的损害赔偿或其他民事上的责任？

进一步考虑，民事不法真的只涉及个人之间的关系吗？若果真如此，为什么中国的《唐律》就处罚了许多在今日视为民事违约的行为呢？^① 如果《唐律》规定上述行为承担刑事责任，那么当时的律例也必定认为上述行为危害了生活共同体。那么，由此可以推论刑民之分并不是绝对的，而是相对的。

事实上，这种刑民之分相对性的说法也为许多学者所主张。Austin 认为，“在不同的国家，民事不法与刑事不法的界限是完全相异的，在大多数的原始国家，刑法的范围是相当窄小的，并且……它的范围通常随着社会的进步而扩大。”因此，他认为以犯罪与民事损害两者的取向作为区分标准的想法实在不可思议。^② 既然如此，如何区分“个人利益”与“共同体利益”？

（二）迷惑之二：刑法的补充性与未遂犯、危险犯

刑法理论历来认为，刑法不应将所有的违法行为都作为其对象，而应将不得已才使用刑罚的场合作为其对象，此即刑法的谦抑

① 如婚姻与收养违律、买卖标物的“行滥短狭”与负债不偿等。参见长孙无忌著：《唐律疏议》，弘文馆出版社1986年版，卷13第262页，卷26第485页。

② J·Austin, Lectures on Jurisprudence I, 417.

原则。^① 然而，当我们进一步将此原则与刑法和民法的目的联系起来进行考察时，我们不禁又产生了一定的迷惑。

众所周知，民事不法的法律后果是民事损害赔偿，而刑事犯罪的法律后果则是刑罚。由此后果所决定，民事不法必然要求危害结果的发生，而刑事犯罪则未必要求结果，有时可能仅有行为就够了。既然刑法具有二次规范的性质，那么为何刑法对不法行为的评价基点如此提前（置重行为）？现行刑法上关于未遂犯、危险犯的立法是否与此补充性相矛盾？反向思考，既然民法具有第一次规范的性质，为何其评价基点却后于刑法（置重结果）？

在刑法与民法的关系上，历来有刑法独立性说与刑法从属性说之争。刑法独立性说认为，当一个法律规范因规定了刑事制裁而成为刑法规范时，它就与其他刑法规范结成一个整体，该规范的适用对象和范围都要随着刑法特有的性质和需要而发生变化；刑法从属性说认为，刑法不是一个独立的法律部门，刑法只有依附于行政法、民法等其他部门法，并作为其他部门法的补充才可能存在。^② 若果真如此，我们必须进一步考虑，刑法的谦抑性是否必然得出刑法从属性结论？如果刑法从属于民法，那么刑法就只能保护民法保护的利益，如果某种利益得不到民法的保护，那么刑法也不得保护；只有某种利益受到民法的保护，刑法才可能对其进行保护。既然如此，从盗窃犯手里抢劫所盗财物的行为就不应该构成抢劫罪（因为民法不保护盗窃犯的非法占有）。但是，为什么刑法理论无一例外地认为此种行为应构成抢劫罪呢？难道是刑法理论本身出了问题？还有，如前所述，刑法往往是先于民法而存在的，如果说刑法从属于民法，那么民法产生之前的刑法又如何从属？再者，现行刑法中规定了许多侵害国家、社会法益的犯罪，而这些犯罪很显然

① [日] 大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社 2003 年版，第 4 页。

② [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，中国人民大学出版社 2004 年版，第 3～4 页。