

刑法学

现代刑法的生存空间

以民法为参照

郭 宁◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

现代刑法的生存空间

以民法为参照

郭 宁◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书意在从刑法与民法间关系的探讨中进一步观察刑法的生存空间，主要内容论及刑法与民法的关联性与独特性以及发展趋势中的相互渗透。为了更好地研究这一主题，本书主要采取了比较研究法、实证研究法、历史研究法以及价值分析的研究方法等，来考察刑法与民法联系最为直接和密切的相关制度在实践中的运行状况，尤其对复杂疑难事件中暴露出来的问题，必将促使人们不断思考，努力提高某些理论、原理的科学性和完整性，以探寻更加有效的运行出路。

责任编辑：罗斯琦

责任出版：刘译文

图书在版编目（CIP）数据

现代刑法的生存空间：以民法为参照/郭宁著.

—北京：知识产权出版社，2013.11

ISBN 978-7-5130-2458-7

I. ①现… II. ①郭… III. ①刑法—关系—民法—研究 IV. ①D914.04 ②D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2013）第 281477 号

现代刑法的生存空间：以民法为参照

XIAN DAI XING FA DE SHENG CUN KONG JIAN: YI MIN FA WEI CAN ZHAO

郭 宁 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000893 82000860 转 8101

责编电话：010-82000860-8240

印 刷：知识产权出版社电子制印中心

开 本：787mm × 1092mm 1/16

版 次：2013 年 12 月第 1 版

字 数：143 千字

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82000860 转 8240

责编邮箱：luosiqi@cnipr.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：10.5

印 次：2013 年 12 月第 1 次印刷

定 价：32.00 元

ISBN 978-7-5130-2458-7

出版版权所有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

目 录

绪论	1
一、本文的研究背景及意义	1
二、本文的研究方法	9
三、本文的研究进路	11
第一章 理论证成：刑法与民法关系初论	14
第一节 历史沿革：刑法与民法关系的发展研究	15
一、合体发展：刑民关系的第一阶段	16
二、泾渭分明：刑民分立的二元格局	26
三、相互渗透：刑民再接近	32
第二节 观点争鸣：刑法与民法关系的研究状况	40
一、国外对刑民关系的研究状况	44
二、我国对刑民实体法关系的研究状况	50
第二章 界分与背离：刑法与民法独立性的彰显	61
第一节 理论综述：域外刑法与民法区别的研究考察	62
一、他山之石：两大法系国家关于刑法与民法区别的研究概况 ...	64
二、本土经验：我国关于刑法与民法区别的研究概况	69
第二节 何以区分：刑法与民法的独特性	72
一、事实面向：刑法与民法上不法行为的悖理性评析	72
二、规范面向：刑法与民法的比较考察	78

第三章 保障与规范：刑法与民法的相关性	86
第一节 保障性：刑法之于民法	86
一、基本定位：刑法的保障性、后盾性	87
二、制度表现：刑法对民法的补充性、保障性	91
第二节 规范效应：民法之于刑法	97
一、罪与非罪中的民事关系	98
二、此罪与彼罪中的民事关系	109
第四章 渗透与再接近：刑民发展的新趋势	116
第一节 惩罚性：民事领域的例外	116
一、概念厘清：惩罚性赔偿的含义及核心特征	117
二、学术史考察：惩罚性赔偿责任的沿革	122
三、性质定位：惩罚性赔偿的私法责任	130
第二节 扩张与限制：刑事范畴的发展	135
一、单位犯罪主体资格的确定	136
二、法人犯罪中的替代责任	141
参考文献	148

绪 论

一、本文的研究背景及意义

随着法治国家建设进程的不断推进,各部门法在囊括庞杂内容的同时不断进行体系整合,至2010年底我国社会主义法律体系已经基本形成,大规模的立法活动落下帷幕,法律的正确贯彻实施成为受关注的核心地带。作为法律体系的基本组成部分,刑法与民法自然吸引了众学者的目光,尤其是二者均为对人类行为作出妥当评价的准则,在如何共同维护社会秩序的底线问题上就需要考虑他们之间的关系问题。而这也是漫漫法制长河中法学志士们不停追寻的对象:从18世纪英国功利主义大师边沁(Jeremy Bentham)对区别刑法与民法这一“预想不到的困难”的阐释^①,到大陆法系国家许多学者热衷的“刑法与民法的对话”^②,以及国内理论界和实务界关于刑民界分、刑民交叉等课题的探讨,这一本原性问题始终彰显着持久魅力,在我国现阶段的法治环境中更是如此。需要说明的是,本文意在探讨的刑法与民法的关系,并不是指某一国家的刑法或民法,只是鉴于理论研究的方便与实践的有所裨益,而在具体研究中立足我国法律。

① [英] 吉米·边沁:《论一般法律》,毛国权译,上海三联书店2008年版。

② 如,[日]佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法与民法的对话》,有斐阁2001年版。

（一）法治建设中的部门法分野不容忽视

自法学学科开始精细化研究后，各自日益凸显出强大的法律精神和体系，但是，法治建设的部门法分野也不容忽视。民法属于私法，倡导私法优位，法治国家构建理念中的法律是人民自由意志的结合，国家仅在人民授予的范围内行使权力和履行职责，而社会活动和经济活动的推动力量是理性自由人的意思与客观存在的市场规律。^① 相比之下，刑法则属于公法，在调整社会秩序和社会行为中充斥着国家强制力作用的痕迹。由此，共存于法治社会中的刑法与民法，各自的特殊性显而易见，并在引致部门法迅速发展的同时，又陷入了分离发展、各自为政、相互矛盾的境遇。

无论是从宏观层面的法理支持抑或微观上的制度编织来说，刑法与民法表现出独特的个性是符合法律预期的，但无法有效沟通与对话却是偏离目标的异化现象。表现在司法实践主要为：面对同一法律事实时，论者会由于自身不同的学科背景而存在观点分歧，甚至出现民法侵权或刑事犯罪这种性质上完全相反的结论。这种冲突由于司法机构严格的部门划分，以及部门内部强调刑事法律关系与民事法律关系差异性的做法，而变得更加难以调和。对此，理论研究无法坐视不管，必须有所主张：在法律部门逐渐细化的研究环境中，刑法与民法各自的特殊性总是不难寻得，但并不妨碍打破僵硬的刑民界分，以开放的思维和姿态，进行相关问题的思考。而且，刑法与民法作为同一法律体系中的重要成员，在理论和制度上必定存在共通性，这为法学各学科间的互相学习提供了通道。法律是一个独立的学科，却不是一个自给自足的学科，为了满足社会发展的需要，它必须不断从其他学科中汲取知识来充实法律学科的发展。^② 法学如是，法律部门法更是如此。

① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第31页。

② [美]波斯纳：《法理学问题》，中国政法大学出版社1994年版，第532~544页。

（二）刑民关系中“先刑后民”的实体法流弊

刑民关系也是困惑实务工作者的一个难题，但是我国刑事司法实践中已经形成了一定的原则、习惯，即来自传统刑法理论和刑事诉讼法理论中的“先刑后民”“刑事优先”。^①需要注意的是，“先刑后民”并无成文法的明确规定，作为司法原则在法理上缺乏论证支持，法院审理案件大量采用并将之变为事实上指导原则的现象更需要引起关注。^②再者，“先刑后民”本源于诉讼中的程序处理，但是，从刑事实体法的角度来看，在犯罪认定的观念和实践中，“先刑后民”“刑事优先”的色彩浓重、指导范围广泛，这就与刑法倡导的谦抑观念发生冲突，并带来司法操作中的难题。

所谓“先刑后民”是指在民事诉讼程序中出现可能违反刑事法律规范的情况时，先由司法机关对刑事部分侦查、审理，再进行民事责任的确定，或者直接由法院适用刑事附带民事诉讼，在处理刑事犯罪的同时，附带解决民事责任问题；否则在法院对刑事部分作出结论之前，不得单独审理判决其中的民事责任。这最初是在案件同时面临刑事和民事处理手段时的顺序选择，是诉讼程序中的问题。远离实体法视野，并且深入研究后发现，“先刑后民”“刑事优先”的字眼或意思并未出现于刑事诉讼法中，而是在一系列涉及经济犯罪的民商事纠纷案件处理的司法解释中确立起来的。

这一原则在我国的法律发展中也经历着从严格到松动的发展：一是“先刑后民”原则的确立。最早的法律依据见于1985年8月最高人民法院、最高人民检察院、公安部下发的法（研）发〔1985〕17号《关于及时查处在经济纠纷案件中发现的经济犯罪的通知》。该通知明确指出在查处经济纠纷案件中如果发现经济犯罪的，有关材料应移送给有管辖权的公安机关或检察机关侦查、起诉。同年12月最高人民法院下发了法（研）

^① 游伟：《刑民关系与我国的刑事法实践》，载《华东刑事司法评论》第8卷，第190～191页。

^② 陈世和：《法律的尴尬——刑事法理论与实践的冲突》，法律出版社2011年版，第210页。

发[1985] 27号《关于审理经济纠纷案件发现违法犯罪必须严肃执法的通知》，其中重申了人民法院在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪、必须追究刑事责任的，不得放纵犯罪分子。1987年3月公检法又联合下发了法（研）发[1987] 7号《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》，其中第3条规定：“人民法院在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪时，一般应将经济犯罪与经济纠纷全案移送……；如果经济纠纷与经济犯罪必须分案审理的，或者是经济纠纷案经审结后又发现有经济犯罪的，可只移送经济犯罪部分。对于经公安、检察机关侦查，犯罪事实搞清楚后，仍需分案审理的，经济纠纷部分退回人民法院继续审理。”这一规定明确了当经济纠纷与经济犯罪发生交叉时，一般应将纠纷与犯罪一并移送，除非“经济纠纷与经济犯罪必须分案审理”或者“经济纠纷案件已经审结”。但是对于什么是“必须分案审理”，该通知没有给出一个判断标准。这些规定均形成于改革开放初期，商品经济仍然处于逐渐发展阶段，传统司法观念中的“重刑轻民”与“刑可止民”仍影响着当时的社会，这种背景下的“先刑后民”有其存在的土壤。二是“先刑后民”原则的反弹。1997年12月最高人民法院发布《关于审理存单纠纷案件的若干规定》，这份专门针对存单纠纷案件的规定中第3条第2款规定：“人民法院在受理存单纠纷案件后，如发现犯罪线索，应将犯罪线索及时书面告知公安或检察机关。如案件当事人因伪造、变造、虚开存单或涉嫌诈骗，有关国家机关已立案侦查，存单纠纷案件确须待刑事案件结案后才能审理的，人民法院应当中止审理。对于追究有关当事人的刑事责任不影响对存单纠纷案件审理的，人民法院应对存单纠纷案件有关当事人是否承担民事责任以及承担民事责任的大小依法及时进行认定和处理。”与前述几份法律文件适用于一般经济纠纷案件不同，该份文件是的，但其对“先刑后民”的适用作出了限定，即“确须待刑事案件结案后才能审理的”，从而在一定程度上减缓了重刑轻民的倾向。随后，最高人民法院在1998年4月公布了[1998] 7号《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》，其中第1条规定：“同一公民、法人或其他经济组织因不同的法律

事实，分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的，经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理。”第10条规定：“人民法院在审理经济纠纷案件中，发现与本案有牵连，但与本案不是同一法律关系的经济犯罪嫌疑线索、材料，应将犯罪嫌疑线索、材料移送有关公安机关或检察机关查处，经济纠纷案件继续审理。”第11条规定：“人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属于经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关。”这两个文件中的相关规定就在之前规范性文件确立的“先刑后民”原则严格的堤坝上打开了一个小的缺口，提供了“刑民并行”存在的合理根据，也清理了部分“重刑轻民”的历史遗毒。但是这种反“先刑后民”的规定也无法带来完善的实践操作，反而带来了当事人滥用的弊端：当事人利用民事诉讼程序启动的便利性，以法院对民事案件的处理来规避侦查机关的强制行为。可见“先刑后民”与“刑民并行”两项指导原则的存在，在打破刑民僵化的关系处理模式的同时，也带来了“刑民交叉”案件审理上的分离状态。实际上，在重新审视实体案件后可以发现，在一些刑事案件中，事实或法律适用认定不清的情况下是很难定性为犯罪行为的。大量的刑民法律关系之间具有独立性，或者刑事上的否定性评价有赖于民事事实的查证。真正需要贯彻“先刑后民”的案件是非常少的，仅限于当刑事案件事实的查证直接影响到当事人或当事人单位对外所发生的民事、经济法律关系的认定时。也就是说，在应然上，“先刑后民”实行的必要性极其有限，仅仅是刑民关系相关具体问题中的处理规则，不具有原则本身的普适性，也远未达到诉讼原则的地位，其适用应受到限制。在不需要“刑事优先”的情况下，倡导“刑民并行”即刑事程序和民事程序的同步进行。

通常情况下，谈到刑民实体法，更多的关注点是立足于部门法来区别刑事法律关系和民事法律关系，而缺乏对犯罪认定上的“先刑后民”的反思。客观地说，“先刑后民”“刑事优先”在我国的法律评价体系中根深蒂固，主要表现为犯罪化和刑罚化倾向。当危害社会的行为出现后，社会集体急于展示入罪倾向，尤其是对一些严重冲击伦理道德观念的事件，群情

激奋之下，刑法手段很容易被推到台前；此时的犯罪化缺乏理性论证，不如说是立法者向民众传达关切态度的权宜之计。另外，在行为规制手段体系中，违法行为非刑法控制功能的发挥未得到足够重视，使得一些不需要或不值得动用刑法手段的行为受到刑罚处罚。比如，在2004年12月最高人民法院和最高人民检察院公布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，为加大对侵犯知识产权犯罪的打击力度，大大降低了定罪标准。个人犯罪的定罪门槛从10万、20万降到5万，单位犯罪与个人犯罪之间的标准由5倍降低到3倍，单位非法经营数额达到15万即构成犯罪。大量的知识产权侵权案件成为犯罪案件，而《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）、前置的行政管理在及时性和有效性方面均未充分发挥作用。如果严格执行此入罪标准，必然导致法院知识产权民事案件锐减，刑罚处罚将成为治理知识产权案件的主要手段。

出现这种情况，主要有两个原因：一是刑事法律观念上的“重刑轻民”仍占据一席之地；二是社会治理结构的优化还需进一步加强。在刑事实体法上，并不意味着危害社会的侵权行为达到一定的严重程度就转变为犯罪行为；犯罪是刑事法律的核心，《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）、《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）、《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）的运行均旨在解决这一问题，犯罪圈的大小直接关系到侵权案件流入犯罪领域的数量。只有在社会治理中的其他手段如道德、纪律、民事经济与行政制裁手段均用尽的情况下才可以动用刑法，并且只有在前置手段均相对严密的前提下，才可以稍微降低刑事防线。我国可能会在相当长的一段时期内存在“刑事优先”的重刑化思想，不得不加以提防。因此，必须在观念上倡导刑法谦抑性和最后手段性，在实体法上严格把握犯罪构成的标准，并考虑犯罪的程序法概念，只有达到“排除合理怀疑”证明标准的严重侵权行为才能构成犯罪。

（三）理论桥梁：“关系刑法论”的倡导

民法和刑法是两大基本部门法，两者具有独特的个性而相互独立，却

又处于同一法律体系中，共同维护社会秩序，展示法律的社会功能和价值。在一个法律体系中，刑法与民法是不可或缺的成员，二者相互作用、相互制约。

关系是哲学中的基本范畴。辩证唯物主义哲学认为，事物存在于普遍联系中。“当我们深思熟虑地考察自然界或人类或我们自己的精神活动时，首先呈现在我们眼前的，是一幅由种种联系和相互作用无穷无尽交织起来的画面。”^① 联系具有普遍性，这种普遍的联系有两种主要的存在形式：一事物与它事物之间的联系以及事物内部各组成要素之间的联系。联系的内容主要表现为互相作用、互相制约和互相影响。现代系统论观点也将事物置于相互关联中的状态进行研究：系统是普遍存在的，任何一个作为研究对象的事物都可以称为一个系统，事物由不同的要素构成，同时，事物又是构成更大系统的要素。事物作为一个有机整体，与其他事物发生联系，以展示自己的性质或特征；而作为组成更大系统的要素，事物又与系统中的其他因素相互作用，体现出系统的本质或属性。在系统论科学的视野中，事物除了相互联系别无其他的存在方式，事物之间的联系就构成了系统的特点和发展规律，而且决定了事物未来的发展趋向。只有了解事物之间的联系，才能真正把握事物，并根据发展规律去控制、管理、改造或者创造系统。自然界的事物是这样，社会现象也是这样。因此，将事物内在、本质、必然的联系看作事物发展的规律，将分析事物之间的关系看作认识问题的根本方法，是唯物辩证法的基本观点，^② 这一方法当然适用于对刑法与民法关系的研究中。

以“关系”作为切入点揭示事物的本质，是唯物辩证法赋予人类的认识方法。这种方法的出现，给人类的思维方式带来了深刻的变化。其合理性在于联系视角下观察事物，也是用发展的观点分析事物、把握事物，如实说明事物的整体性，反映事物之间的联系和相互作用，并在一般性上为

① 《马克思恩格斯全集》第3卷，第60页。

② 王钧：《犯罪关系导论》，南京大学出版社2001年版，第10～12页。

实践提供有说服力的理论根据和可行性指导。刑法学的研究除了对犯罪概念、犯罪成立的基本要件等等具体规定的注释，还要研究刑法作为整体与其他法律学科之间相互作用、相互制约的性质和过程，并由此论证刑法功能的有效性及局限性。对此，储槐植教授在上世纪末就提出了“关系刑法”的概念和轮廓，将刑法的存活置于关系之中，指向的是刑法的存在与运作必须存在于特定关系中。关系刑法，意在研究“刑法的外部关系和内部关系对刑法的存在样态和运作方式的影响”，“刑法存活于关系之中，关系是刑法的本体，关系是刑法的生命。”^①实际上“关系刑法”与“刑事一体化”的本质具有相通之处，均在于打破刑法研究的学科界限，减少刑法中的孤立性研究，追求以开放的视野立体化的研究刑法，并促进法律体系的优化。从关系刑法的研究结构上看，一方面将刑法作为一个有机整体，视为一个系统，来研究其中的各个部分之间的关系，这就涉及到国家意志与客观规律的关系、刑法保护功能与保障功能的关系、罪与刑的关系、刑罚目的与刑罚机制的关系、刑事立法与适用解释的关系等，这可以认为是刑法的内部关系。另一方面，将刑法置于更大的系统中，视为法律体系不可缺少的要素，而在体系中起着特定的作用，并与体系中的其他要素相互关联、相互作用，这个视角下的刑法关系网有：刑法之下——经济与刑法；刑法之上——政权结构、意识形态与刑法；刑法之前——犯罪与刑法；刑法之后——行刑与刑法；刑法左右——其他部门法（附属刑法）与刑法，以及其他学科与刑法学。这可谓刑法的内部关系。

以“关系分析方法”对刑法学进行研究，就具有了突破单向、片面、孤立、静止研究刑法的方法论，在刑法之外研究刑法、观察刑法与相关部门法的关系，就响应了刑法研究的“开放性思维”。尤其是在当代，学科发展之间的相互关系紧密，学科边界出现模糊化发展趋势，边缘学科、交叉学科不断增多。学科内许多问题的解决不再单纯囿于学科内部、或依赖

① 储槐植：《刑法存在关系中——关系刑法论纲》，载《法制与社会发展》1996年第2期，第40页。

于学科内的发展,而是借助于其它学科的知识。因此,关注学科之间的关系显得更加具有重要性和必要性。在理论和实践中也常出现涉及刑法与民法实体法方面的困惑,如在宏观理论上,刑法与民法同处于法律体系中的合理性何在,各自在法律秩序维持中的功用有何异同,何种品格带来了这种异同,两种之间是否存在相通之处,相通之处的实践处理位于何种状态,何种背景或理论可以解释这种状态,二者之间何以发展至此,发展背后的动力何在,在当代又出现了何种发展的趋势;在具体制度上,刑法与民法中的相同或相似概念如何理解、各自适用何种解释方法,刑民冲突问题如何处理,刑民交叉案件如何处理,民事上的赔偿在刑事中起到何种作用等等。这些都离不开在刑民关系这一系统中的因素分析。

二、本文的研究方法

在学术研究的脉络体系中,研究方法的恰当择取不可或缺。当然,这种选择无论如何精致,都不可能避免前见的影响和制约。这种前见与学者的自身特质——如知识构架、思维模式等——密不可分,以致于学者的分析路径、风格甚至研究成果均在一定程度上带有立场。^①从这个意义上说,无论论者是否主动有意识的选择,也不论其承认与否,任何论证都无法摆脱立场。本书对刑民实体法关系的探析亦是如此,由于同属成文法系,以及我国与大陆法系的亲和性,笔者的认识体系和观念带有或浓或淡的大陆法系色彩。

在承认这一根本前提的情况下,尽可能选择合适的研究路径。为了更好地研究刑法与民法的实体法律关系,本文主要采取了比较研究法、实证研究法、历史研究法以及价值分析的研究方法等。

比较研究方法是本文采用的最主要的方法,其内在动因,一方面在于

① Ugo Mattei, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, 45 Am. J. Comp. L. 5, Winter, 1997.

比较研究方法本身的重要性。正如德国浪漫主义诗人诺瓦里斯所言，“一切认识、知识可溯源于比较，”“要了解希腊人的才华，拿一座希腊雕像与另一座埃及或者亚洲的雕像来对比，要比只研究一百座希腊雕像的人更有体会。”^①因为比较，才看到相同相异之处，从而触发思考的着眼点，探索每个法律问题的大量的可能存在的解决办法。而且，“比较方法是实践方法的一种替代，虽然不是一个非常令人满意的替代，但是这种替代是由于我们不可能把法律和国家放在试验管和泡沫室里。”^②另一方面，也是由我国的法制发展路径使然，我国的法制现代化进程一直循着西方国家先进的法治理念和制度经验，这种状况从清末法制发展、西法东渐，到现在，基本上可以说积极“拿来主义”是我国法制建设中躲不开的字眼。这成为比较研究方法在我国法制研究中广泛生长的合适土壤。当然，本文所作的是对法律体系内不同部门法律之间的综合性比较，这种比较研究虽未在学界大规模进行，却是国内外学者共同的关注点之一，进一步的研究需要掌握国外学者的研究成果。另外，比较研究的对象刑法与民法各有其复杂的理论体系、基础理念和法律规定，二者是否需要进行比较是研究的前提问题。笔者认为，比较必要性的说明，可以放在法制发展的大环境中进行考虑，伴随着社会快速发展的是案件复杂程度的提高，法律发展中也出现分工更加细化的趋势，刑法与民法在具体的制度上发生很多适用上的交叉或关联、在法律功能的发挥上也发生联系，这些促使我们进行有利于理论研究和实践的比较研究。在这个意义上，本文既不是对刑法与民法不分轻重的简单、全部比较，而是选择其中能够佐证二者之间发展过程中以及现实法制相互关系的问题加以研究；本文关注的范围不包括单纯的刑法问题、或者单纯的民法问题，而是集中对能体现刑法与民法关系的相关问题进行比较研究。

① [法] 马尔罗：《沉默的声音》，[法] 勒内·罗迪著《比较法导论》，上海翻译文化出版社 1998 年版，第 21～23 页。

② [美] 马丁·夏皮罗：《法院——比较法上和政治学上的分析》，张生、李彤译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 2 页。

实证研究方法是理论联系实际的最好途径。“法治是一种实践的事业，而不是一种玄思的事业。”^① 关注实践发展，研究实践问题，从实践中寻找思路进行理论研究，是近年来国内法学研究的重要内容和方法。在实体法的研究领域中，实证的研究方法也占据日益重要的地位，并产生了一系列卓有成效的研究成果。本文也采取了实证研究的方法，来考察刑法与民法联系最为直接和密切的刑民交叉案件在实践中的运行状况，尤其对复杂疑难事件中暴露出来的问题加以关注，必将促使我们不断思考，努力提高某些理论、原理的科学性和完整性，以探寻更加有效的运行出路。

历史研究法主要是摆着“知其然，知其所以然”的态度，针对刑法与民法在人类法治历程中的发展样态，追溯发展的脉络以及发展过程中二者之间的关系，探究演变的进程，从而对刑民之间关系的历史发展形成纵向的关系图。

价值分析法则从法理上对刑民关系进行分析。无论是从宏观层面的原则表现，还是微观上的制度构建来看，刑民实体法之间的共通性与独特性并不难寻见，但是不能视其为理所当然，需要探索独立品格背后的理论基础，以评析分歧的合理性。这就需要探讨二者在实现司法公正、提高诉讼效率等方面起到的作用以及实现这些法的价值的独特机制，从而为刑民之间关系寻找稳固的理论基础。

三、本文的研究进路

在思考过“中国法学往何处去”的宏大问题之后，刑法的存在空间就成为了法学科之下的刑事法律中的重要问题。在研究这个问题的过程中发现，通过一个更广阔的空间来解读、尤其是以比较的视野来反思，更利于明确刑法在法律共同体中的角色地位。因此，本书对刑法与民法的比较最终是为了进一步观察刑法这一部门法。

① 苏力：《送法下乡》，北京：中国政法大学出版社2000年版，第11页。

对于法律科学的研究来说，规范是最基础的研究对象，因此，集中于规范的研究是不可避免的。但是，这种研究方法绝非是对法律条文的字、词语的简单解释，否则得出的结论就只是现代汉语的注释而已。并且，理论的研究还是一个抽象的系统体系，并以解决司法实践中的具体问题为目标。在刑法与民法的关系中，独特性与共通性是辩证分析的结果，更是具体制度在现实中的表现。限于篇幅和精力的限制，本文对刑法与民法中的程序关联性不进行关注，笔者仅对刑法与民法的关联性与独特性以及发展趋势中的相互渗透加以论述。

第一章“理论证成：刑法与民法关系初论”，从历史角度和观点争鸣中寻求理论支撑。在考究法制发展史时，对刑法与民法关系的发展在进行从“刑民不分”到近代“刑民分立”再到现代“刑民趋近”的动态影像考察中，也对其中的形成原因作了诸多思考。在有关刑法与民法关系的诸多观点中，笔者发现在法外从政治、哲学、经济、社会学等角度，审视、分析和研究刑民规范与理论，形成了研究中的亮点，本章对国内外刑民关系的研究状况进行了总结，以期这些角度和方法能够带给我们相关问题思考的新体验，最终得出刑法的从属性与独立性。

第二章“界分与背离：刑法与民法独立性的彰显”，着力于对刑法与民法之间的区别再作探讨，首先为分析中国民法与刑法关系构建一个参照系，展现出两大法系国家中刑法与民法关系的普遍的分析框架，从理论上廓清域外刑法与民法的关系。当然，对域外研究的介绍不能止于描述，而在于反思我国既往研究中存在的诸多不足，探寻理论上阐释新法与民法关系的进一步提升空间。

第三章“保障与规范：刑法与民法的相关性”，通过刑法之于民法的保障性、民法之于刑法的规范性，对两者之间的相关性加以分析，以利于理解和把握两者之间的共同性、依存性和交错性。首先具体论述了刑法对民法保障性和补充性的制度表现，有两种立法形式：一是在民法规范中以附属刑法的形式；二是在刑法规范中以专门的条款对民法上已经确定的权利加以保障。之后，从罪与非罪中的民事关系、此罪与彼罪中的民事关系