

刑民实体法关系初探

陈灿平 著

天津财经大学法学学术文库

Tianjin University of Finance & Economics



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

天津财经大学法学学术文库

Tianjin University of Finance & Economics

刑民实体法关系初探

陈灿平 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑民实体法关系初探 / 陈灿平著. —北京:法律出版社,
2009.8

(天津财经大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9766 - 1

I. 刑… II. 陈… III. ①刑法—研究②民法—研究
IV. D914.04 D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 127617 号

天津财经大学法学学术文库	刑民实体法关系初探	陈灿平 著	责任编辑 田会文 装帧设计 乔智炜
--------------	-----------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11 字数 267 千

印次 2009 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9766 - 1

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

大学,离不开学术。教学和学术构成大学两个最为核心的部分,如果说教学是大学生存之本,那么,学术就是大学发展之源。惟学术,方能推进学科之发展,促进教学质量之提高。高水平的学术,乃高质量的教学之保证,乃一流大学之必备条件。大学应该尊重学术、倡导学术。大学之学术成就,为大学最为宝贵的精神财富。

学术研究,也离不开大学。蔡元培先生曾言:“大学者,研究高深学问者也。”大学是探究高深学问之圣殿,大学应该为研究学术提供制度保障和精神环境,使大学成为学者的精神家园,为社会的发展贡献更多的知识财富。此外,大学的学术研究,不能忽视那些以学术为理想、追求学术的莘莘学子,他们是大学学术追求永远充满活力之所在。

天津财经大学一贯坚持以提升学术水平为先导,积极地探索、完善各项措施,营造天津财经大学自由健康的学术氛围,鼓励真正的学术创新。经过

五十多年的历史积淀,天津财经大学在会计、金融、经济、管理等方面已经形成了自己的学术特色。近年来,法学院依托本校自身的学科条件和优势,将法学研究与金融、财税、证券等学科的理论与实践联系起来,开展多学科交叉的综合性研究,形成了法学与财政、金融相融互渗的研究特色,涌现出一批颇具影响的学术成果。《天津财经大学法学学术文库》就是其集中的体现。这些作者都具有博士学位,他们年轻、充满朝气,追求学术。本文库就是他们多年来追求学术之成果荟萃。

学术研究永远没有完美之点,但是必须回答出:你的学术思想、学术贡献是什么。

是为序。

张嘉兴 校长、博士生导师

A stylized, handwritten signature in black ink, likely reading '张嘉兴' (Zhang Jiaxing).

于天津财经大学

2009年8月1日

目 录

引 论：刑民实体法关系研究状况、价值、方法与进路/1

第一节 研究状况/1

一、境外研究状况简介/4

二、境内研究状况简介/8

第二节 研究价值/11

第三节 研究方法/13

一、二元论方法/13

二、类型学方法/15

三、社会学方法/18

四、比较研究法/20

第四节 研究进路/22

第一章 性质与界限：刑民实体法关系界说 (上)/24

第一节 民法不法与刑法犯罪的起源与本质/25

2 刑民实体法关系初探

一、民法不法与刑法犯罪的起源/25

二、民法不法(侵权)的本质/34

三、刑法犯罪之本质/45

第二节 刑法的多维特性/60

一、关于刑法的公法、私法属性之争/61

二、刑法的独立性与补充性、后盾性、保障性/64

第三节 民法不法与刑法犯罪之实体法界分/71

一、“严重脱逸社会相当性”理论之评析/72

二、“客体区分说”和“新结构犯罪构成说”之提倡/76

三、新标准之应用实例/84

第二章 责任与制裁:实体上的刑民关系界说(中)/90

第一节 惩罚性赔偿责任带来的若干问题/91

一、问题所在:民法如何有了惩罚性/91

二、惩罚性赔偿责任之定位/93

三、扩展性分析:民法之补偿性与刑法之惩罚性/99

第二节 单位犯罪和严格责任扩张带来的若干问题/107

一、单位犯罪主体扩张之限制/108

二、法人犯罪中的替代责任带来的问题/113

三、严格责任扩张带来的刑法问题/118

第三节 刑民制裁中的若干交错问题/125

一、追缴与收缴、没收/125

二、刑法追缴与民法善意取得/129

三、“涉案的第三人合法财产”与“供犯罪所用的本人财物”/134

四、非刑罚处罚措施在司法实践中的定位和落实/138

第三章 解释与适用:刑民实体法关系界说(下)/147

第一节 刑民解释与适用之异同性概说/147

一、刑法解释的方法和理念/148

二、民法解释的方法与理念/151

三、我国刑民解释方法与理念的主要差异/154

四、刑民适用实体法上的主要异同/163

第二节 刑法解释中的若干技术性疑难探讨/174

一、文义解释时将法律用语拆开解释应注意的技术问题/175

二、刑法体系解释时的逻辑疑难：以刑法第389条等条文为例/182

三、扩大解释与类推解释之区分规则/189

第三节 刑民若干关联用语在刑法解释适用中的特殊性/196

一、“占有”/197

二、“合同”/206

三、“合同效力”与“表见代理”/214

四、“事实婚”/223

五、“家庭成员”与“扶养”/228

第四章 实务界分：若干涉刑民实体法关系之司法疑难探讨/237

第一节 数额标准在刑民区分中的作用与功能/238

一、由刑法第214条引发的民法侵权与犯罪未遂的问题/238

二、刑法第219条引发的民法侵权与犯罪未遂问题/246

三、引申性讨论：排除未遂犯之存在而可能为民事侵权的情形/250

第二节 不当得利、不法给付、遗失物与刑法侵占/259

一、不当得利与刑法侵占/259

二、不法原因之财物与刑法侵占/269

三、遗忘物、遗失物和拾得物的交错问题/279

第三节 以不法手段行使民法权利行为之定性/284

一、研究起点、案件标本及主要问题/284

二、国内外有关理论观点与评析/288

三、自救行为理论及启示/297

4 刑民实体法关系初探

四、类型化解决方案/304

参考文献/308

后 记/338

引 论：刑民实体法关系研究 状况、价值、方法与进路

第一节 研究状况

在漫长的法制史长河中,刑法与民法的关系尤其是侵犯与犯罪的关系可谓学者们关注的本原性问题。法学经典名著《道德与立法原理导论》在1780年即已付梓,“但被边沁扣压了9年才出版,因为他在最后一章开始说明刑法与民法之间区别——或如他所称两者之间‘界限’——的地方,发现有预想不到的困难”。^{〔1〕}陈瑞华教授也指出,如果有人能从刑法与民法、侵权与犯罪、刑诉与民诉之间关系的角度展开研究,那么,他几乎肯定会在

〔1〕 参见[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,“导言”第1页。——此英文本为牛津大学1982年版本,导言为英国著名法学家哈特所写。

这一领域作出开创性的贡献。^{〔1〕}的确,对于立法者而言,犯罪圈如何准确设定,刑法如何保障促进而不是干扰阻碍蓬勃发展的民商法行为,值得深思。对于司法者而言,特定行为和疑难案件究竟属于民法不法还是刑法犯罪,尽管多数时候标准明晰,但不少具体情形仍然需要在民法补偿(赔偿)体系与刑法惩罚体系之间进行比较、权衡。对于法学研究者而言,亟待解决的刑法与民法交错的若干难题使得刑民实体法关系课题之研究成为必要。

刑民关系课题也引起过政治学家、哲学家、经济学家甚至社会学家的兴趣。他们站在各自的立场对刑法与民法现象进行评述,并尝试提出政治、经济或者社会学方面的区分标准。其研究主要有两种思路:

政治学家和社会学家的思路,主要站在权力与权利分离的立场,为理想的政治框架和社会建构而阐述论证。由于以权利为本的民法、私法具有象征历史进步、标志人权发展以及积极限制政府权力的作用,对于建构市民社会起着基本规则性的功能,所以近代以来,罗马法复兴,民商法发达,梅因更发出“文明发达的国家民法规范多而落后野蛮的国家刑法规范”的感叹。对民法而言,是如何大力发展权利的问题,是如何更好地促进市民社会建设的问题。而刑法,由于其与生俱来的“双刃剑”的天性,历来为追求自由、正义、人道、文明的人士爱恨交加,有人将其视为“不得已的恶”,有人则将刑罚的实施视为法律的最终实现、社会安全的后盾屏障或伦理道德维护的最后手段。刑罚似乎成了一头难以驯服的怪兽,在贝卡利亚雷鸣般的批判等诸因素作用之下,罪刑法定原则始得确立并成为紧锁国家任意发动刑罚权的铁链。对刑法而言,是如何限制权力(刑罚权)滥用的问题,是考虑罪刑法定原则如何得到真正实现的问题。政治学家更多考虑国家和社会的安全利益,所以他们对刑法更为

〔1〕 参见陈瑞华:“社会科学方法对法学的影响——在北大法学院博士生《法学前沿》课上的演讲”,载《北大法律评论》(第8卷第1辑),北京大学出版社2007年版,第221页。

关心,对刑法的独立性更为关心。而社会学家,更多关注民商法中权利的壮大与保障,所以他们对民商法更为关心,对自由平等、诚实信用更为关心,对刑法相对民法而言的补充性更为关心。

经济学家则站在纠纷解决的便利性与成本比较的立场加以分析。经济学家认为,刑事责任与民事责任相比,意味着更为严重的惩罚(自由和生命比金钱更有价值)。在一种案件中,如果民事赔偿责任比刑事责任可以为当事人提供从社会角度讲更有效的激励,该案件就应该属于民事,否则,应该属于刑事。张维迎教授从激励效应的角度提出了划分刑事与民事界限的三个标准:

“第一个标准是‘外部性标准’(externality test)……给定其他因素相同的情况下,如果一种侵权行为伤害的只是一个人或少数几个人,并且受害人有足够的手段和激励阻止这种行为的发生(包括向法院提出诉讼),从而使得民法上的赔偿责任足以提供恰当的激励,这种行为就应该属于民法管辖;反之,如果一种侵权行为伤害的是许多人,给社会带来的总体外部损害很大,但由于集体选择存在的‘搭便车’问题,没有单个受害人有足够的积极性和手段阻止这种行为的发生(包括没有积极性向法院提出民事诉讼),从而民法上的赔偿责任不足以内部化行为的大部分外部性,这种侵权行为就应该属于刑法管辖……”

区分刑法与民法管辖范围的第二个标准是可信性标准(credibility test)……法律规定的责任规则和惩罚措施是一种承诺,如果这种承诺本身不具可信性(即事后不可能得到执行),法律就不可能诱导人们选择社会所希望的行为。有些行为的外部性本身只涉及单个人或少数人,但如果任由当事人自己解决问题或只求助于民法的责任规则解决,惩罚是不可信的……民事责任不可信的第二种情况是侵权行为未完成的情况……未遂作案行为受不到惩罚,小偷就会更加肆无忌惮,更多的居民将生活在不安全的阴影中。因此,对这类行为实施刑事惩罚是更有效的激励……不可信的第三种情况与加害人的责任能力有关。如果一种行

为可能导致非常严重的后果,在这种后果发生的情况下,加害人并没有能力承担相应的责任,那么,民法规定的责任就是不可信的。预期到自己不会真正承担责任,当事人就不会选择社会最优的行动。此时,社会最优的选择是通过刑法禁止这种行为的发生,而不是事后由受害人再提出民事诉讼。

区分刑法与民法管辖范围的第三个标准是恶性报复标准(retaliation test)。在有些情况下,如果允许受害人私自对加害人实施惩罚,会导致施害一方的反报复行为,结果导致无休止的连环报复,从社会的角度看,这种连环报复是没有效率的……这里,政府的介入等于免除了受害一方的责任,由政府代替受害人‘复仇’,一方面保证了加害人受到应有的惩罚,另一方面又使得施害方没有了反报复的理由……”〔1〕

如果说以上是法学领域之外的一些外部性观察,那么,法学领域之内的研究状况大致如何呢?以下从境外和境内两个视角作简要介绍。

一、境外研究状况简介

英国学者边沁认为区分刑法和民法非常困难,其界限只是相对的甚至抽象的:“民法典并非由每项本身完整无缺并且剔净所有刑法内容的民法汇集而成。刑法典亦非(因为我们已经看到它不可能)由每项不仅本身完整无缺而且剔净所有民法内容的惩罚性法律汇集而成。民法典将主要由纯粹的说明性内容构成。这些说明性内容各自所属的命令性内容,在这同一部法典即民法典中是找不到的,在一种摆脱了所有惩罚性法律混合物的纯净状态中也找不到,而是见于刑法典,见于一种合成状态,以前面说明过的方式包含在同样多的相应的惩罚性法律之中。因而,刑法典将主要由惩罚性法律构成,包括全部民法的命令性内容。此外,大概还会见到不属于民法而属于惩罚性法律的各种说明性

〔1〕 张维迎:《信息、信任与法律》,生活·读书·新知三联书店2006年版,第132~136页。

内容。”〔1〕

英国学者梅因(Henry Sumner Maine, 1822 ~ 1888),通过对古代法典和相关史料仔细考证后提出,“古代社会的刑法不是‘犯罪法’;这是‘不法行为法’,或用英国的术语,就是‘侵权行为法’。……如果一种侵权行为或不法行为的标准是:被认为受到损害的是被损害的个人而不是‘国家’,则可断言,在法律学幼年时代,公民赖以保护使不受强暴或诈骗的,不是‘犯罪法’而是‘侵权行为法’。于是,在原始法律学中‘侵权行为’被大量地扩大了。必须说明,原始法律学也涉及‘罪过’。”〔2〕

德国哲学家、刑法学家康德(Immanuel Kant, 1724 ~ 1804)认为,“任何人违反公共法律,做了一个公民不该做的事情,就构成犯罪……如接受委托做买卖而在金钱或货物上贪污、投机、在贸易或出售货物中弄虚作假,如果这些是当着受害人的面实施的,属于犯了私法罪。另一种情况是,铸造伪币或者伪造交换证券、盗窃、抢劫等属于犯了公法罪,因为受到危害的不仅仅是一些个别的人,还有共同体”〔3〕。在这里康德所称的私法罪更接近于民事侵权,而公法罪更接近于刑事犯罪。英国著名法学家布莱克斯通(Blackstone)有大致相同的见解。他主张,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;而公的过错或者说是重罪(crime)与轻罪(misdemeanors),是对于公权利、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

〔1〕 参见[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第375~376页。

〔2〕 [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第208~209页。

〔3〕 [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。

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。^{〔1〕} 维也纳学派的代表人物 Wahlberg 与梅因、康德、Blackstone 的思想一脉相承,他赞同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。^{〔2〕}

但是,也有学者提出刑、民之分只具有相对性,如奥斯汀(Austin)就认为,“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”。他认为以犯罪与民事损害两者的取向(即侵犯个人利益还是侵犯共同体利益)作为区分标准的想法实在不可思议。^{〔3〕}

在日本,东京大学教授佐伯仁志、道垣内弘人曾著《刑法与民法的对话》一书,对刑法与民法中的诸多具体理论与制度进行了比较与分析。西原春夫以及山田卓生曾分别发表《民事责任与刑事责任》以及《民事法的正义与刑事法的正义》,对刑、民法中的责任、违法性以及价值取向进行了研究。2003年,日本《刑法杂志》与《现代刑事法》分别出了一个研究特集,很多学者如高桥则夫、松宫孝明、神山敏雄等著文探讨刑、民事不法的交错,从而掀起一个研究该问题的小高潮,但其研究侧重于具体的理论与制度,而对刑法与民法之一系列基础性的特性与差异及其原因并未给予过多关注。在美国,学者把更多的注意力投入到刑、民事藐视法庭行为的区别,以及侵权行为法与刑法、侵权行为与犯罪的关系上,

〔1〕 Blackstone, Commentaries IV, p. 5.

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

〔3〕 J. Austin, Lectures on jurisprudence I, p. 417.

鲜有学者专门研究刑事犯罪与民事不法的分界问题。^{〔1〕}

在我国台湾地区,高金桂先生曾著《利益衡量与刑法之犯罪判断》,陈志龙教授曾著《法益与刑事立法》,钟豪峰曾有硕士论文《刑事不法与民事不法的分界》,郑建才以及钱国成也曾分别有《民事共同侵权行为与刑事共犯之比较》与《共同犯罪与共同侵权行为》,均涉及刑事犯罪与民事不法的关系问题。其中,钟豪峰的论文提出:刑民不法的区分在于侵犯的是集体利益还是个人利益,而集体利益与个人利益的区分标准又在于行为破坏的是开放关系还是闭锁关系,但作者对于如何界定行为所破坏的是开放性关系还是闭锁性关系没有说明。^{〔2〕}

对于民法和刑法的独立性问题,著名法理学家莫里斯认为,“民法不是自足的;它需要刑法赋予它最终的制裁。因而,刑法保护民法所使用的社会设施:财产权、契约、义务和物。”^{〔3〕}而意大利的刑法学家帕多瓦尼则认为刑法本身不是独立的法律部门,坚持“刑法从属性”的主张:(1)从内容上看,刑法没有自己独立调整的对象,因为每一个被刑法规范禁止的行为,实际上都是先已为其他部门法所禁止的行为;(2)从形式上看,刑法没有自己独立的禁止性规范,刑法规范中只有制裁这一部分才真正属于刑法的内容;(3)从功能上看,刑法实际上只具有用刑事制裁来增强其他法律禁止性命令威慑力的作用。所以,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。^{〔4〕}但是,更多的学者坚持刑法独立性的主张:如德国著名刑法学者 Hippel,

〔1〕 参见于改之:《刑民分界论》,武汉大学法学院刑法学博士论文,2006年10月印,第19页。

〔2〕 参见于改之:《刑民分界论》,武汉大学法学院刑法学博士论文,2006年10月印,第19~21页。

〔3〕 [英]韦恩·莫里斯:《法理学》,侯健等译,武汉大学出版社2002年版,第206页。

〔4〕 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译评,中国政法大学出版社2004年版,第3~4页。

H. Mayer, Mezger, Bruns 等人。Hippel 认为,刑法与其他诸多法律相并列,是基本的、重要的、独立的法秩序。Mayer 认为,“虽然刑法具有二次规范的性质,是制裁法的一部分,但是,所有的法都是以强制力来保护法益的,在这一点上,刑法与民法没有任何区别,只是保护法益的手段不同:一个是民法,一个是刑法。因此,虽然某个刑法规范可能保护特定的民事关系,但在制度上、逻辑上并非必然如此。刑法应否从属于民法,只是合目的性的问题,但这并不是合目的的。当然,刑法与民法在结局上必须调和,但刑法并不将各项民法制度作为犯罪构成要件的基础”〔1〕。Bruns 也主张,“民法总则是所有法律的总则,相对于民法而言,刑法是从属的、副次地位的保护法”的观点建立在一个错误观念的基础上,民法秩序并不等于法秩序,刑法是具有固有目的与使命的独立的法律,不能根据民法概念来理解刑法上的侵害客体(保护法益),对于刑法的解释必须从民法思想中解放出来,因此,即使是对同一概念,在刑法上完全可以作出与民法不同的解释;刑法的概念必须在考虑其刑罚法规目的的基础上,直接根据生活事实而形成。〔2〕

二、境内研究状况简介

张明楷教授在 20 世纪 90 年代初期从刑法在现代法律体系中的地位等角度进行了刑民关系的探索,并提出刑法的补充性、刑法是保障法等观点,晚近又撰文专门论及了“实体上的刑民关系”,他认为刑法和民法主要有以下四个区别:其一,民商法旨在解决民、商事主体之间的纠纷,对私权利进行救济,因而民事责任主要是赔偿责任。刑法是制裁犯罪行为法律,旨在预防和抑止犯罪,故刑事责任是惩罚的承担,而不是损失的赔偿。其二,民商法所调整的社会关系具有特定性,如民法仅调

〔1〕 Vgl. H. Mayer, die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926, S. 116f. 转引自张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 552 页。

〔2〕 Vgl. Bruns, Die Befreiung des Strafrechts von Zivilistischen Denken, 1938, S. 45f. 转引自张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 553 ~ 554 页。