

# 复旦大学 法律评论

(第六辑)

编委会主任 孙笑侠

编委会副主任 潘伟杰

编委会委员 (以姓名拼音为序)

段厚省 杜宇

侯健 刘志刚

汪明亮 王志强

徐美君 张建伟

本辑执行主编 汪明亮 杨严炎

## 卷首语

公元1914年春天,复旦公学增设法律专科班,首批招收60名法科生,开创了复旦法学教育的纪元。一百年后,已是百花争艳的春天,由复旦法学院年轻学者主持的《复旦法律评论》发刊了。我们怀着对前人的敬畏,不免内疚忐忑地捧出这本学术产品以表达对前人所开创事业的纪念。

“雨后烟景绿,晴天散馀霞。东风随春归,发我枝上花。”(唐·李白·落日忆山中)春风与大地,催生了《复旦法律评论》这朵含苞欲放的花蕾。她根植于复旦学术土壤,根植于沪上文化乡土,根植于华夏社会生态。

今天,社会正聚集着加快转型的劲头,国家在酝酿着深化改革的能量。与此同时,中国法学必然聚焦现实、更新主题,踏入新阶段。市场和行业的发展对法律的要求层出不穷,法治建构的重心从立法向司法转移,国际化竞争促使法律的跨国界化,社会与国家本土法律思想的要求日新月异……所有这些,都需要我们认真对待本土新问题和学术新视野,去认真思考和定位我们的学术任务、学术方向、学术特色和学术品格。

复旦法学研究,努力以更广博的视野、更综合的方法、更科学的手段,探索更亲近真切的问题,产出更经久致用的思想。我们深知,学科的壁垒会带给我们视野的屏障、

学术的零散和思想的浅薄。在新一轮转型发展过程中,我们凝练了四个方向,即跨国界法律探索、市场与行业法建构、整体格局司法研究、本土法律思想创新,预期开展学科交叉或科际整合的聚焦研究。为了彰显学术特色,《复旦大学法律评论》也主要围绕这四个方向进行探索和创新。

我在整理复旦法学以往学术成果的时候,发现复旦法学这30余年来的努力与成果,基本上是在这四个方向上展开的:其一,从传统的国际法文本研究走向跨国界法律问题研究。国际法与国内法的融合趋势要求我们把国内法中的许多内容看成是跨国界的法律问题,像金融法是跨国界的,环境法是跨国界的,自由贸易区法是跨国界的,知识产权法是跨国界的,等等。传统的国际法文本研究已不足以涵盖当下层出不穷的跨国界法律问题。其二,传统民商法学和行政法学密切结合国民经济各行业的知识、经验,结合社会学科原理和自然科学手段,拓展了环境法、能源法、知识产权法、医事法、金融法、新闻传播法等行业法问题的研究疆域,获得法律知识体系的增长。其三,司法问题的研究中,不仅坚持司法和诉讼制度研究,还研究司法中的法律人与法律职业、司法方法与思维、司法历史与传统,甚至开展司法建筑的研究。的确,司法不纯粹是制度和规则的问题,还是社会问题、文化问题、经济问题,甚至政治问题,因此“司法学”诚然应该是“司法社会学”。我们可以预测,未来的司法研究必然出现传统与现代、制度与文化、规则与社会交融的整体化研究趋势。其四,国家与社会都需要中国法学产出新思想。时代不仅需要法律对策,还应该长久生命力的法律思想。这需要及时提供思想产品,提供符合国家与社会需要的短期的、中期的和长期的法律思想。这无疑需要立足本土、传承历史、接轨国际,创造具有中国特点、中国风格和中国气派的法学思想。

《复旦大学法律评论》是一个由复旦年轻学者轮流主持的法学学术共同体平台,相信它不只是属于全体复旦法学院师生的,还是海内外志同道合的学者们共同的学术平台,她代表主持人群体的志趣和愿景。“博学而笃志,切问而近思,仁在其中矣。”(论语·子张)我相信,陶土制作的器物 and 黄金炼就的器物,同样能够言志载道,何况在国际学界惯例上亦并无“公开刊号”或“核心期刊”一说。问题的关键还在于主持学刊的“人”和刊载于此的“文”。《复旦大学法律评论》应该是学术多元化的争鸣平台,“共同体需要多重性格,只有在它所拥有的性格是丰富和生机勃勃时,其本身才可能是丰富和生机勃勃的”(德国:Gustav Radbruch)。

“海日生残夜,江春入旧年”(唐·王湾·次北固山下)。学术与生命一样

都是新旧更替的。年轻的法学学者思想敏锐,视野开阔,朝气蓬勃,他/她们是中国法学的未来。我们满腔热忱地期待着一篇篇高品质的法学论文在这里汇聚,也期待着一批批高水平的法学新人在这里诞生。

孙笑侠

甲午年早春三月于上海

# 目 录

## 【经济犯罪】

### 从“民刑交叉”走向“商刑交叉”

——论经济犯罪民刑交叉问题中商事思维的导入 毛玲玲 001

美国治理集资诈骗犯罪的成功经验及启示 唐 韵 027

### 刑法中占有概念的实践立场考察

——缓和的规范性占有概念立场之提倡 赵拥军 054

### 民营企业家人行贿犯罪成因探析及对策建议

——以社会行动理论为视角 顾伊笛 070

## 【教育立法】

简析法国教育立法法典化的进程与条件 李世刚 089

日本学校法律制度：介绍与借鉴 杜仪方 100

德国学校法初探：渊源与问题 史大晓 112

## 【纠纷解决】

“聆听”：作为一种技术方法和哲学范式 熊 浩 124

离婚协议中约定将财产给予子女的性质与法律适用 金绍奇 141

提高民事诉讼庭审质效的现实进路 范 一 148

我国民事执行权配置的反思与发展进路 丁朋超 165

美国密苏里州闭路电视远程诉讼的经验及其对我国的启示 王洪杰 180

【专题探索】

生态环境损害赔偿归责原则的选择与适用	李传轩 张 帅	208
当代刑法变迁与刑法安定的关系建构	史 强	220
海峡两岸犯罪所得没收比较研究	屈舒阳	246
自杀的类型化及相关行为的刑法定性	温倩文	278

## 【经济犯罪】

### 从“民刑交叉”走向“商刑交叉”

——论经济犯罪民刑交叉问题中商事思维的导入

毛玲玲\*

**摘要：**“民刑交叉”是理论研究与法律实务中的热点问题，包括实体角度和程序角度的研究。该问题在程序角度的研究是质疑原有的“先刑后民”程序设置，提出“民刑并行”“先民后刑”新的程序机制。目前，“刑事绝对优先”转变为“刑事相对优先”已得到相关司法解释和司法文件的认同。本文认为，实体角度“民刑交叉”的研究内容有必要有所调整。经济犯罪的“民刑交叉”问题在实践中多数表现为商事合同效力审查与刑事犯罪认定所出现的法律事实认定、法律责任承担、程序规则设置等方面的竞合交叉，实体角度的民刑交叉研究应导入商事思维，走向“商刑交叉”问题。本文结合商事信赖利益、商事伦理价值、商事交易目的，对“套路贷”“非法吸收公众存款”“融资型借贷”等新型案件中的合同效力审查与犯罪认定问题进行分析，认为商事合同的效力审查与刑事犯罪认定并不存法律责任量上的递进关系，因此犯罪的认定既不受限于“出他法入刑法”，也无须固守“先刑后民”的程序设置。实体角

\* 毛玲玲，华东政法大学教授。

度民刑交叉问题的转换,有助于厘清涉嫌经济犯罪的案件中商事合同效力审查的依据,也有助于对行为是否构成犯罪进行准确认定。

**关键词:** 民刑交叉 商刑交叉 经济犯罪

## 一、引言:从“民刑交叉”走向“商刑交叉”

社会生活处于不断变化之中,人们会发明与规定新的法律概念与规则,以解决不可避免会发生的纠纷与矛盾,以保护无辜者的利益免受损害;市场也总会想出办法以降低法律风险和交易成本,在这种同步发展与复杂化的进程中,围绕着基本法律关系的权利义务日益复杂,形成多重法律关系,并同时使得程序规则变得复杂。其中,刑法与民法作为两大基础部门法,在案件中牵涉的法律事实、法律责任、程序规则的竞合交叉情形,一般被称为“民刑交叉”问题。

随着经济犯罪成为社会生活中的主流犯罪形态,经济犯罪的法律适用问题引发的法律理念、规则争论令人瞩目,其中就有“民刑交叉”问题。本文提出,应将经济犯罪中该问题由传统的“民刑交叉”转换为“商刑交叉”,讨论相关法律理念与技术规则。这种转换首先是出于社会实践的需要。目前因民、刑两大部门法的实体与程序机制重合交叉出现法律适用疑难,从而有必要解构、续造裁判规则的案件类型主要是经济犯罪案件。<sup>[1]</sup> 刑事犯罪中与商事活动、商事规则密切相关的是《刑法》第三章规定的破坏社会主义市场经济秩序罪,该类犯罪在行为外观上表现为一种非法经济活动和交易行为,与商事裁判所处理的法律关系容易发生交叉竞合或牵连,常见的如骗取贷款罪、非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪、贷款诈骗罪等。<sup>[2]</sup> 其次,这种转换是由于商事思维在司法实践中表现出不同于民事思维的特点。虽然仍有观点主张“民商合一”“民商不分”,但商事思维在司法中日益得到重视。在解决具体案件的法律问题或创设裁判规则时,新型经济现象相关案件应由传统的民法思维转变为商事思维的理念日益得到重视。<sup>[3]</sup> 再者,这种转换是规范统一性的需要。“商刑交叉”问题的妥善处理是体现司法智慧,实现司法公平、公正的内容之一。商事合同效力认定的裁判规则与责任体系既关系到交易双方的平等契约

[1] 查阅文献可以发现,对案件合同效力和犯罪认定具体问题展开法律技术研究的,基本都在经济犯罪案件的法律适用中。

[2] 詹巍:《刑民交叉的犯罪构成与合同效力认定》,《法治研究》2016年第6期。

[3] 杨姗:《新型商事合同效力认定的裁判思维——以融资合同为中心》,《法学》2017年第8期。

关系,又体现了当双方交易预期与社会规范出现冲突时如何解决的问题,而刑法是以维护社会共同生活所需要的“社会规范”为己任,二者法律目标存在交叉或竞合时如何处理是运用司法智慧,实现司法公平、公正的重要内容。因此,本文认为,经济犯罪中的“民刑交叉”问题应转换为“商刑交叉”问题,在涉及合同效力认定与犯罪构成认定的案件中导入商事思维,有助于厘清“民刑交叉”问题的各种理论纷争,提出解决问题的实践方案。

(一)从“民刑交叉”走向“商刑交叉”,缘于社会原型与案件类型的变化

“民刑交叉”是不是指民法与刑法在立法采用同一术语时,其解释面临的概念交叉?我们使用的“民刑交叉”只是研究者对相关法律研究对象的表述,并不是一个严谨的法律概念。“民刑交叉”问题在不同阶段有不同的内容。

20世纪80年代初到90年代为起始阶段,民刑交叉问题主要表现为刑事案件中相关民事权益如何维护。当时私权不兴,商事活动处于萌发生长之际,商事规则尚不完善,以“先刑后民”的刑事绝对优先规则即可处理民事权益的保护与犯罪的认定。刑事程序具有强大的调查能力,更有助于充分发现案件的客观事实,以刑为先同时维护了社会规范与合法私益。在刑事程序之后启动的民事程序主要是处理因刑事认定而涉及的损害赔偿或恢复原状,通过返还财产、赔偿损失等民事责任方式恢复法益。该阶段的“民刑交叉”,如果更准确地表述应该是“民刑先后”问题,无论是法律事实、法律责任还是程序机制,并无交叉性。因此,实体意义上的“民刑交叉”只是研究同一概念在不同部门法中解释的内涵或外延有无交叉问题。例如,刑法立法中的“财产”“侵占”“欺骗”与民法立法中的“财产”“侵占”“欺骗”是不是具有相同的内涵与外延。

20世纪90年代末到2012年左右为第二阶段,民刑交叉问题主要表现为经济纠纷与经济犯罪的区分界限。伴随着经济社会中商事活动的繁荣发展,立法以及司法中商事法律规则逐步完善,案件中刑事要素与商事要素的交叉范围日益复杂。在知识产权案件、金融纠纷案件等新型案件中,经济纠纷与刑事犯罪之间的界限模糊不清。诉讼程序中因为理念差异也往往导致案件的处理程序与实体结果差异甚大。经济纠纷与经济犯罪边界不清,一些经济纠纷案件被作为刑事犯罪处理;涉嫌犯罪的商事交易被作为无效认定,商事合同的信赖利益得不到保障,相关交易主体的合法权益因为“先刑后民”的程序得不到保障,甚至遭受重复损害。此时,“民刑交叉”问题真正表现为经济纠纷与经济犯罪在实体意义上的界限区分,案件的法律事实、法律责任与程序规则出现交叉竞合与牵连关系,“民刑交叉”的研究价值凸显。从程序意义上,“刑事绝

对优先规则”的适用可能产生合法私益保护与社会公共规范维护出现矛盾的状态,从而使绝对的“先刑后民”程序受到质疑。

2013年至今为第三阶段,主要表现为要求妥善处理“民刑交叉”问题,保障交易预期并维护公共规范与经济秩序,在维护公益的基础上衡量如何尽量保障交易安全,提高商事交易的效率。随着司法机关加强企业产权保护、营造法治化营商环境等宏观政策的制定,对厘清经济纠纷与刑事犯罪之间的界限提出了更严格要求,“先刑后民”的刑事绝对优先被打破,“刑民并行”的理念得到司法解释或司法规范性文件的认可。公益诉讼制度的推行也使刑事与商事交叉案件的法律适用更加复杂化。此时,刑事与民商事的责任聚合成为该领域的常态,民事关系的处理与刑事性质的认定呈现为动态的关系,“民刑交叉”不限于概念解释或提出抽象理念,而是对新型商事案件的处理从法律技术、规范层面进行剖析。

因此,“民刑交叉”研究的内容是什么,它着力于解决什么问题,这些是随着社会原型与案件类型变化发展的。从研究视角看,“民刑交叉”问题首先在程序意义的角度呈现出研究价值;实体意义的视角则相对滞后且在起始期局限于传统的“民”与“刑”的关系,即“民”是指传统的民法概念或民事思维,“刑”限于盗窃、诈骗等传统财产犯罪的构成与法律适用。例如,日本学者发起“刑民对话”,主要讨论了盗窃、侵占、诈骗等传统犯罪类型中民法与刑法在法益保护目的、概念适用方面的问题。具体如保管物是否构成侵占罪,不法给与与诈骗罪的法益等,研究重心在于民法与刑法两大部门法在概念范围、语义界定存在不同而引发的分歧,譬如民法中的“占有”与刑法中“占有”概念的不同,货币作为对象时“举债不还”不构成侵占罪等。<sup>[4]</sup>因此,正如学者归纳,作为刑法与民法对话内容的“民刑交叉问题”是来自刑法与民法之间的知识冲突。<sup>[5]</sup>我国学者对于实体意义的“民刑交叉”问题研究,也一般是以普通犯罪为例进行分析。例如,以人身伤害、盗窃罪等案件探讨了两大部门法在法益保护目标、规范价值方面的区别。<sup>[6]</sup>有的学者还在讨论中纳入了重婚、正当防卫、敲诈勒索等案例,从刑法解释的角度,对刑法的财产犯罪中的“占有”,重婚罪中的“婚姻”,信用卡诈骗罪中的“信用卡”、骗取的款罪中的“贷款”、生产销

[4] 佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法与民法的对话》,于改之、张小宁译,北京大学出版社2012年版。

[5] 详见陈兴良:译序,转自佐伯仁志、道垣内弘人:《刑法与民法的对话》,于改之、张小宁译,北京大学出版社2012年版。

[6] 杨兴培:《刑民交叉案件法理分析的逻辑进路》,《中国刑事法杂志》2012年第9期。

售假药罪中的“假药”等概念,是否必须与民法、行政法保持一致<sup>[7]</sup>提出疑问,并尝试解答。

本文则认为,上述实体意义“民刑交叉”的研究,其社会原型是商事交易等经济活动频次不高,规模不大,人数不多,利益简单,经济活动中的商事裁判规则的独特性不明显,而时至今日,经济社会中的商事活动样态已经发生了巨大变化。因此,“民刑交叉”如果仍囿于以往的社会原型,其面对的问题是“过去时”而非“进行时”或“将来时”,则难以助力现实问题的解决。

(1)从“先刑后民”的程序设置看,经济犯罪中适用这种先后关系无法实现法益保护目标。“先刑后民”是指对于因刑事犯罪所发生的民事赔偿部分的审理和裁判,应当首先就刑事犯罪部分进行审理之后,在有罪认定的基础上,就附带的民事赔偿部分进行审理和裁判。当事人不得单独对由犯罪引发的损害赔偿提起民事诉讼。<sup>[8]</sup>

传统犯罪中,“民刑交叉”是指同一案件事实在法律性质上的交叉,而非法律事实交叉、法律责任交叉。例如,故意伤害案件中行为人是否构成犯罪与是否要承担民事赔偿责任,其根据是同一事实且系同一责任主体。在此基础上,行为的刑事违法性质先行独立判断,民事责任以刑事查明的事实为依据进行裁判,通过刑事附带民事诉讼程序解决是适当并有效率的设置。但是,经济犯罪中首先出现了事实交叉,部分事实属于经济纠纷,部分事实可能涉及相关人员的刑事责任,合同效力的认定处理的是合同相对方的权利义务关系,刑事犯罪的认定则关联到第三方甚至公共利益的维护。

(2)从刑法谦抑学说体系下的“出他法人刑法”的理念看,有的学者在“民刑交叉”的命题下讨论法律责任的递进关系,主张:“即使案件事实违反民法规定,但只要依然在民法规定的范围内能够通过民事法律加以解决的,那就应当坚持用民法的方法加以解决,刑法应当退居一旁宁可进行观望而不要轻易介入。”<sup>[9]</sup>本文认为,经济犯罪中合同效力的认定与刑事犯罪的构成不存在责任层次上的递进关系。学者所述的“民事违法”与传统犯罪之间存在递进层次关系,因为传统犯罪是以类型化的“行为”作为构成要件行为,保护具体的、静态的法益。例如,以盗窃罪对财产所有权的保护,以故意伤害罪对人身权的保护。犯罪行为与民事违法行为在行为的类型化上属于同一模式,其差别只

[7] 于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用——以刑法与民法两大法域冲突为中心》,《中国法学》2018年第4期。

[8] 张卫民:《民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理》,《法学研究》2018年第3期。

[9] 杨兴培:《刑民交叉案件的类型分析和破解方法》,《东方法学》2014年第4期。

是刑事违法相对于民事违法具有量上的递进性,亦即同一行为危害程度轻时是民事违法行为,危害程度大时是犯罪行为,追究责任时“出他法入刑法”。但是,作为法定犯的经济犯罪中在立法技术上无法实现行为的类型化功能,一般是通过违反其他部门法获得不法性,其他部门法不仅仅是民法,还有行政法、公司法、证券法、票据法等。因此,经济犯罪与民事违法不具有行为模式上的同一性以及违法层次的递进性。此外,如前文所述,经济犯罪的实务难题是合同效力的认定与犯罪认定的交叉问题。刑法不是合同无效的依据;对于合同无效,我国《合同法》第52条规定了五种情形,即一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;以合法形式掩盖非法目的;损害社会公共利益;违反法律、行政法规的强制性规定。因此,合同是否有效与相关主体是否构成犯罪不存在责任层次上的递进关系。民事违法与刑事责任具有递进关系,但民事违约,不能递进作为刑事犯罪来处理。简而言之,无法以“合同有效还是无效”作为依据,判断是不是应“出民法”而“入刑法”;与此同时,即使出现刑事犯罪,合同的效力仍应根据《合同法》第52条来进行判断。

(3) 从实践价值看,无论采用哪种范围的“民刑交叉”,目前最为主要的问题显然在于经济纠纷与经济犯罪的界限区分。本应通过民商事法律规则加以解决的民商事纠纷,却不当介入了刑事诉讼方式;一些经济犯罪行为借助合同的形式实施,适用传统的民事裁判思维无法揭示其犯罪实质,以商事活动名义实施的恶意欺诈不能及时受到严厉的刑事责任追究,这种情况损害了法律的公平性和公正性。在具体案件中,是作为经济纠纷案件还是经济犯罪案件;当事人是受害人还是共同犯罪人;是采用刑事侦查程序获取证据还是适用谁主张谁举证的证明规则,关系到事实查明机制与查明能力、实际法律后果的归属与法律风险分配。这些问题是经济犯罪中“民刑交叉”命题下的真正问题。

与此同时,民事思维与商事思维在新型经济案件裁判中的区别日益明显。近些年来就商事裁判规则不少学者倡导商事思维来解决商事纠纷,并比较了民、商二者的区别。民事思维更注重对自然人财产权静态的保护,如确权、停止侵害、支付对价、损害赔偿;商事思维则更偏重对资金、资产、股权、知识产权等动态安全促进资本的高效流转,注重资本交换和担保价值的利用。因此,经济犯罪“民刑交叉”问题的讨论走向“商刑交叉”问题,将有助于厘清问题的实质。它涉及商事诚信规则、商事交易安全目标、商事常情常理等要素,要求确立系统、整体、实质的方法对案件进行考察。一方面,单一的、静态的、独立的、相对的民商事关系不能阻却对整体行为进行系统、全面考察后得出的刑事违

法性判断,亦即单个合同合法,但多个合同系统考察后可能认定具有“非法占有目的”,从而构成犯罪;另一方面,确立合法、合情、合理的方法判断合同效力以及诉讼程序安排,刑事违法性并不当然引致合同认定无效,即从保障商事交易合理预期的角度,合同无效认定要严格适用。

## (二) 从“民刑交叉”走向“商刑交叉”,与程序意义的问题研究相呼应

由于不同学者对“刑民交叉”采用了不同的界定范围,目前程序意义的民刑交叉与实体意义的民刑交叉问题是脱节的。<sup>[10]</sup>如前所述,程序意义的“民刑交叉”,在经济犯罪中呈现出研究价值,并以“面对问题、解决问题”的路径在相关司法解释和司法文件中形成比较清晰的方案。而实体意义的“民刑交叉”,仍限于概念解释。因此,有必要考察程序意义的演进,以实体意义的研究内容予以调整。

从“先刑后民”的刑事绝对优先规则到“民刑并行”“先民后刑”的刑事相对优先规则,是在经济犯罪的法律适用中逐渐演进推行的。1985年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于及时查处在经济纠纷案件中发现的经济犯罪的通知》规定:“各级人民法院在审理经济纠纷案件中,如发现有经济犯罪问题,应按照最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知》,将经济犯罪的有关材料分别移送给有管辖权的公安机关或检察机关侦查、起诉……”该规定系采取了绝对的“先刑后民”程序,这种程序设置具有一定的社会经济基础。在当时的社会背景下,商品交易或经济活动的活跃性有限,经济纠纷中商事特征不够明显,商事规则有限。至1987年最高人民法院、最高人民检察院、公安部在《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:“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,依照刑事诉讼法第五十三条和第五十四条的规定办理;如果经济纠纷与经济犯罪必须分案处理的,或者是经济纠纷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、检察机关侦察,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。”长期以来,该规定作为处理民刑交叉问题的主要依据。最高人民法院1998年《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》在总结原有法律规范基础上,对刑民交叉问题作出规定,并正式提出经济纠纷与经济犯罪可以分开审理的基本原则。但因为实践中对于“同一事实”的理解分歧较大,以致当刑事诉讼遭遇民事问题时,即使存

[10] 李晓明、张鑫:《刑民交叉案件分类及其对未来研究的影响》,《河北法学》2016年第2期。

在并行的、涉及同一事实问题的民事诉讼,刑事诉讼也不会因此而中止。相反,民事诉讼遇有与刑事诉讼关联的问题时,通常的做法往往是中止民事诉讼。

司法处理的程序规则在一些特殊类型的案件中逐渐出现分化,程序规则由“先刑后民”过渡到兼容“民刑并立”方式。2014年3月25日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》规定:对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的非法集资刑事案件,有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的,人民法院应当不予受理,并将有关材料移送公安机关或者检察机关。人民法院在审理民事案件或者执行过程中,发现有非法集资犯罪嫌疑的,应当裁定驳回起诉或者中止执行,并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关。2015年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》中确立了“刑民并行”,即第6条规定:“人民法院立案后,发现与民间借贷纠纷案件虽有关联但不是同一事实的涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料的,人民法院应当继续审理民间借贷纠纷案件,并将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。”当然,适用“刑民并行”的原则应当是在涉嫌非法集资等犯罪虽与民间借贷纠纷案件有关联,但不是由同一事实引发的前提下才可适用。<sup>[11]</sup>从上述内容看,民刑交叉的程序性规定在经济犯罪案件中从“先刑后民”转向“民刑并行”,在程序平行并进的情况下,实体意义的民刑交叉问题更具有研究的实践价值。譬如,2016年《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意見》中即强调要严格防止以刑事手段介入经济纠纷,优化营商环境。而区分经济纠纷与刑事案件之间的实体差异,明确民刑界限,即是落实该要求的前提。

### (三) 从“民刑交叉”到“商刑交叉”,应对司法实践需要

如前所述,从我国对于“民刑交叉”的司法经验来看,相关规则一直是在经济犯罪问题而不是传统犯罪问题的解决中推进。

首先,从“解决问题”的角度,我们要对经济犯罪常见多发的犯罪类型进行分析。当前经济犯罪中较多为诈骗型犯罪,多重法律关系问题主要表现为合同效力认定与犯罪构成认定的界限。在诈骗型的犯罪中,常常存在双方甚至多方的合同关系:一方面,如果行为人的行为部分或全部属于犯罪时,相关合

[11] 杨临萍、姚辉、韩延斌、王林清:《〈最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》,《法律适用》2015年第11期。

同是有效还是无效要进行确认；另一方面，在民刑并行的程序下，如果合同效力经裁判确立为有效，会否影响犯罪构成值得商讨。例如，在集资型案件中，多数被告人甚至被害人主张双方是民间借贷纠纷而不是犯罪行为。目前司法裁判的观点认为，诈骗类犯罪与合同交叉时，合同不一定无效，而是作为可撤销合同处理。如果受害人可以举证证明对方欺诈的事实，提出了撤销合同、返还财产、赔偿损失的诉讼请求，应当获得法院的支持。

在构成诈骗型犯罪的情况下，“合同无效”到“合同不一定无效”的合同效力认定规则即是导入商事思维的结果。经济社会中商事交易活动要兼顾效率与公平，如果诈骗事实迟迟无法查清而无法启动民事诉讼程序，将会再次损害受害人的利益。而且，在这种竞合交叉牵连关系中，合同效力认定规则与刑法规范保护的法益角度不同。例如，在非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪中，双方或多方存在借贷合同关系，这些犯罪行为一般都是犯罪行为人单方实施的，而合同效力则是针对双方行为的评价，如果因为一方涉嫌犯罪而停止合同争议的处理，或者将合同作为无效处理，都会使受害人遭受不应有的损害。

再者，考虑到仅赋予合同一方以刑事案件受害人的地位不足以恢复法益，商事活动主体应当以合同当事人的身份来行使诉权，保障商事合同所确立的信赖利益。例如，对于合同一方单位的内部人员实施的行为经刑事判决认定为犯罪的，根据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪若干问题的规定》第3条，单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，以该单位的名义对外签订经济合同，将取得的财产部分或全部占为己有构成犯罪的，除依法追究行为人的刑事责任外，该单位对行为人因签订、履行该经济合同造成的后果，依法应当承担民事责任。通过清晰的法律风险分配规则，保护各方合法权益得到有效的维护。例如，在某合同一方当事人职员构成合同诈骗罪的合同纠纷案件中，二审法院认为，依据已经生效的刑事判决书，已经认定远大公司为赵远征合同诈骗案的被害单位，判决将冻结、扣押在案的款、物按比例发还远大公司，并继续追缴犯罪所得按比例发还远大公司，故可以认定远大公司的损失已在刑事案件中得到处理。现远大公司向轻工业公司主张民事权利，因冻结、扣押在案的款、物以及继续追缴犯罪所得均需按比例发还给远大公司、轻工业公司以及其他案外公司，且发还的比例和数额尚未确定，故一审法院裁定驳回其起诉并无不当。而再审裁判认为：“轻工业公司职员赵远征的合同诈骗行为，虽然已被生效的刑事判决予以确认，但该个人的犯罪行为与本案《代理协议》的履行没有关联，也不能因此免除轻工业公司在本案中的民事

责任。原审驳回远大公司的起诉不当,应予纠正。”<sup>[12]</sup>

此外,除了从私权救济的角度考虑行为人构成犯罪时相关合同效力的认定,以及行为人构成犯罪,权利人(受害人)能否直接提起民事诉讼而不假借刑事程序获得权利救济,“民刑交叉”问题的另一侧面是要从公权惩治的角度,思考以下两个问题:在不构成民事违法或合同有效时,行为人的行为是否构成犯罪?合同的成立或有效意味着双方合意,这种合意是否能够被视为“受害人自陷的风险”,从而阻却犯罪故意?在“先刑后民”的程序设置背景下,私权救济侧面得到司法实务界较多讨论,“民刑交叉”问题更多是考虑构成刑事犯罪时,民商事纠纷是否必然在程序上置于犯罪性质认定完成之后;而公权惩治侧面因为刑事责任的判断在程序上已经居先确定,较少被讨论。随着近些年司法实践中逐步确立了不一定要“先刑后民”,而是可以“民刑分立并行”甚至“先民后刑”的理念与程序设置,案件法律事实与责任的认定是否会影响相关当事人某些罪名的构成引发诸多思考。譬如,在某些类型的案件中,学者提出“被害人自陷的风险理论”,认为合同合意阻却了合同诈骗罪等罪名的犯罪故意。<sup>[13]</sup>但与学者的观点不同,此类案件在实务中多数作为合同诈骗罪论处;而有的观点认为,这种情形使得合同单方成为被告人,理应是存在足以构成共同犯罪的“通谋”。从分歧观点可以看出,对于法律事实与责任归属分析的逻辑路径对个案的处理认定具有实质意义。

## 二、从“民刑交叉”到“商刑交叉”的演进

### (一) 商事思维与民事思维的区别

导入商事思维,既有利于破解“先刑后民”的先验设定,也有助于对行为性质进行准确认定。

1. 民事思维预设双方的关系是平等的民事主体关系。而实践中发生的涉嫌刑事犯罪的民商事纠纷中,一方往往是处于地位、资源、信息、专业的优势地位。合同诈骗罪、非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪中,行为人相对于被害人,具有明显的优势。尤其是在科技介入社会生活中后,科技条件的掌握与支配使这种这不平等的情形更加明显。譬如互联网金融借贷关系中,单个的出借者对于资金项目的真实性、资金去向、资金监管条件等均处于信息获

[12] 中国远大集团有限责任公司与中国轻工业对外经济技术合作公司进出口代理合同纠纷申请再审民事裁定书,中华人民共和国最高人民法院民事裁定书,(2015)民提字第128号。

[13] 周光权:《实务中对托盘融资行为定罪的误区辨析》,《环球法律评论》2018年第5期。

得的明显弱势地位。这种一方占据明显优势的不平等情形,使得案件事实中对于是否存在合法民事关系的判断有待商榷。因为民事关系中双方意思表示真实是前提条件。

2. 民法思维呈现的是单个的法律关系,而刑事犯罪中犯罪本质的考察通过综合多起纠纷才能浮现。譬如在一些名为“民间借贷”的案件中,设局者制造银行流水痕迹,制造违约等方式,其单个案件中借据、收据、欠条等债权凭证及银行流水等款项凭证均能经受民事证据的“检验”,案件真正的违法事实隐藏在民事法律事实之后。此外,民事诉讼的程序规则是以清晰的原被告关系设计,即使追加第三人,但其解决的是“点”对“点”的法律关系,不会涉及过多的主体或多元的法律关系,因此其价值判断是单一的、静态的,而刑事法律关系的判断是对于多元法律关系的总结,其价值判断是整体的、动态的。就拿互联网金融借贷关系来说,当前在互联网金融乱象中以是否“设资金池”“提供信用平台”作为判断是否构成非法吸收公众存款罪的标志,即是将互联网金融平台与出借人之间的单一法律关系转为金融法律关系,将其作为涉及公共利益金融产品适用法律规则。

3. 民法思维设定的是私人自治的法律关系,但是当这种私人自治的法律关系与社会生活所需要的公共规范产生矛盾时,私人之间的合同关系有效性不能阻断刑事违法性。譬如,以签订股权转让的方式买卖土地,虽然合同效力不必然归于无效,但行为人仍被最高人民法院裁定构成相应犯罪。最高人民法院认为,对于合同效力的审查应按照《合同法》第52条的规定进行,在无效性强制性规范对合同义务予以禁止的前提下,无论是否构成刑事犯罪,该合同效力亦不必然归于无效;与此同时,合同有效并不妨碍相关行为构成犯罪。例如,对于以股权转让的方式进行土地交易转让的,合同有效的同时,相关当事人构成非法倒卖土地使用权罪。例如,在该案中,裁判认为,《公司股权转让合同书》存在以股权转让为名收购公司土地的性质,且周盈岐因此合同的签订及履行而被另案刑事裁定构成非法倒卖土地使用权罪,但对此本院认为,无论是否构成刑事犯罪,该合同效力亦不必然归于无效。本案中业已查明,沙建武欲通过控制恒岐公司的方式开发使用涉案土地,此行为属于商事交易中投资者对目标公司的投资行为,是基于股权转让而就相应的权利义务以及履行的方法进行的约定,既不改变目标公司本身亦未变动涉案土地使用权之主体,故不应纳入土地管理法律法规的审查范畴,而应依据《中华人民共和国公司法》中有关股权转让的规定对该协议进行审查。本院认为,在无效性强制性规范对上述条款中的合同义务予以