

# 刑民交叉实体问题的解决路径

## ——“法律效果论”之展开

陈少青\*

---

内容提要：刑民交叉实体问题的最终落脚点是，刑民规范的适用是否相互影响以及在何种范围内相互影响。或者因为民事违法概念的体系定位与适用缺陷，或者因为会导致法秩序统一性原则的形骸化，处理刑民交叉实体问题的“违法论”路径欠缺合理性。刑民交叉的连接点不是违法性，真正的连接点是法律效果；以评价对象为主线，刑民交叉实体问题的解决路径应从“违法论”转向“法律效果论”。只有当刑法和民法评价的法律事实具有同一性时，二者的法律效果才可能无法兼容。此时，若刑民规范目的整体一致，对法律主体的惩戒或保护方向相同，则只需对刑民法律效果进行综合考量；若刑民规范目的明显对立，对法律主体的惩戒或保护方向相反，则需要在案件事实层面进行拆分，为刑民规范适用划定不同的案件类型，从刑民交叉回归刑民分立。

关键词：刑民交叉 违法论 法律效果论 法秩序统一性

---

### 一、问题的提出

现实生活中，绝大部分刑事案件会同时涉及民事救济，刑事制裁与民事赔偿作为保护被害人合法权益的双重手段，相辅相成、并行不悖。在同一案件中，同时涉及刑法与民法的规范适用（广义的刑民交叉），是司法实践的常态。不过，在某些场合，两种规范的交错会导致实体法上的适用难题（狭义的刑民交叉），具体分为两种类型：一是刑法规范对民法适用的影响，即刑法上成立犯罪是否影响民事行为的效力；二是民法规范对刑法适用的影响，即民法确立的权利归属是否影响刑法的犯罪认定。狭义的刑民交叉是本文的研究对象。

第一种类型主要体现为，行为人为实现犯罪目的以欺诈手段签订民事合同。若成立犯罪，是否影响合同效力？如果影响，合同无效；如果不影响，合同效力根据民法规定独立判断，合同可能有效。两种观点在最高人民法院的裁判中均有体现。<sup>（1）</sup>不过，随着2015年

---

\* 对外经济贸易大学法学院讲师。

（1）肯定犯罪行为影响合同效力的，参见最高人民法院（2013）民二终字第51号民事判决书。否定的观点，参见最高人民法院（2015）民申字第956号民事裁定书。

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》(以下简称“民间借贷规定”)的出台,<sup>(2)</sup>主张成立犯罪不影响合同效力的裁判和观点日益增多。

第二种类型主要表现为,民法明确的权利归属是否应作为刑法评价的前置性要件,对犯罪认定产生约束力。其典型问题包括:(1)在表见代理中,表见代理人与相对人签订的合同有效,相对人最终没有财产损失,这是否阻却表见代理行为对相对人构成诈骗罪;(2)根据保险法中的不可抗辩条款认定保险合同有效,保险金归被保险人或受益人所有,这是否阻却保险诈骗罪的成立;(3)民法上的不法原因给付理论否定给付人对于给付物的返还请求权,<sup>(3)</sup>进而承认给付物归受领人所有,这是否影响受领人成立侵占罪。在这些情形中,民法上的权利归属是否影响犯罪认定,会对罪与非罪、此罪与彼罪的区分产生影响。

上述问题的最终落脚点是刑法和民法的规范适用是否相互影响以及在何种范围内相互影响。问题的解决,首先需要找到刑民规范适用的连接点。如果缺乏衔接的介质,二者只会自说自话,刑民交叉的意义便会落空。现有理论将连接点定位于“违法性”概念,试图在行为评价层面建立刑民规范的逻辑连接,即如何看待民事违法与刑事违法的关系,<sup>(4)</sup>形成了违法一元论与违法相对论两种观点(统称为“违法论”)。主张违法一元论的学者虽然基本承认刑法适用的有限独立,但仍坚持民事违法对刑事违法存在制约,尤其当行为不具有民事违法性时,阻却犯罪的成立。主张违法相对论的学者认为刑事和民事违法性的判断各自独立,反对民事违法对刑事违法的制约。

然而,违法论不能有效处理刑民交叉实体问题。首先,违法论存在比较明显的理论缺陷。违法一元论忽视了民事违法概念本身的局限性,将民事违法与民事无效相混淆;违法相对论则使刑民规范适用彻底隔绝,导致法秩序统一性原则形骸化,出现了难以容忍的规范冲突。其次,违法论未能厘清产生问题的根源,其将民法上的结论当作既定不变的大前提,对刑法的规制范围作单方面调整,但问题可能并非出自刑法适用偏差,而是源于民法规范本身尚需进一步解释。刑民交叉是刑法与民法的双向互动,刑民交叉实体问题的解决绝非刑法一方之责。最后,违法论的内部争议导致司法裁判产生混乱,违法一元论与违法相对论对刑民逻辑关系的判断呈对立态势,在处理具体案件时得出不同乃至相冲突的结论,成为困扰司法裁判的“老大难”问题。

造成上述困境的原因在于,将刑民交叉实体问题的解决路径建立在违法性层面。确定有效的刑民规范适用连接点,是解决刑民交叉实体问题的基础,正因为确定的连接点不当,才使解决思路发生偏离。本文通过反思民事违法概念,否定刑民规范在“行为评价”层面的可通约性,转而在“适用结果”层面确立刑民规范互通的媒介,以“法律效果”为连接

(2) “民间借贷规定”第13条第1款规定“借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪,或者已经生效的判决认定构成犯罪,当事人提起民事诉讼的,民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当根据合同法第五十二条、本规定第十四条之规定,认定民间借贷合同的效力。”

(3) 虽然我国民法尚未明文规定不法原因给付条款,但司法实务中出现了大量灵活适用不法原因给付理论的判决。法官认为行为属于不法原因之给付,由此形成的债权不属于合法的民事权益,不应受到法律保护,驳回给付人的诉讼请求。参见江苏省无锡市中级人民法院(2014)锡民终字第0464号民事裁定书;甘肃省兰州市中级人民法院(2016)甘01民终210号民事判决书;辽宁省葫芦岛市中级人民法院(2017)辽14民终183号民事判决书;广东省高级人民法院(2017)粤民申541号民事裁定书。

(4) 参见王昭武《经济案件中刑民交错问题的解决逻辑》,《法学》2019年第4期,第3页。

点，判断刑民法律效果在法秩序中能否共存；并且基于我国司法实践经验，以评价对象为主线，剥离出刑民法律效果无法兼容的案件类型，引入刑法补充性原则来贯彻法秩序统一性原则，从而消解冲突，为刑民交叉实体问题提供体系化的解决路径。

## 二、“违法论”之批判

违法论对刑民交叉实体问题的处理，集中在行为评价层面，刑民规范适用的逻辑关系被衍化为行为评价的逻辑关系——刑事违法是否以及在多大程度上受制于民事违法，由此展开了违法一元论与违法相对论之争。违法一元论包括严格的违法一元论与缓和的违法一元论。前者主张，“刑法上被评价为违法的行为，民法等其他法领域需做统一的违法理解，刑法以外的法领域评价为违法，刑法也当然地做与其他法领域统一的违法理解”。<sup>(5)</sup> 该观点要求刑事和民事违法性绝对一致，其已鲜有支持者。后者在认可刑事违法从属于民事违法的同时，主张刑民之间具有质和量的差异；<sup>(6)</sup> 民事违法行为在刑法上未必受到处罚（欠缺可罚的违法性），民事合法行为在刑法上则一定不能受到处罚（欠缺一般违法性）。违法相对论强调刑民规范适用各自独立，“刑法的违法性必须以达到值得处罚程度的法益侵害性为中心独自进行判断”，<sup>(7)</sup> 民事合法行为仍可能具有刑事违法性。<sup>(8)</sup>

然而，违法一元论和违法相对论，或者因为民事违法概念本身的局限性，或者因为会导致法秩序统一性原则的形骸化，而难以为刑民交叉实体问题的解决提供足够的理论支撑。

### （一）民事违法概念的体系定位与适用缺陷——违法一元论之批判

违法一元论将民事违法作为刑事违法判断的前提，“不得认定不具有民事违法性的行为具有刑事违法性……不得认定不具有可罚的违法性的民事违法行为具有刑事违法性”。<sup>(9)</sup> 罪刑法定原则要求犯罪构成的各个要素须具有明确性，故作为判断刑事违法的前提的民事违法，其含义必须清晰。但遗憾的是，刑法学者对此缺乏深入研究，民事违法似乎是一个不言自明的概念，在违法论中被广泛使用。事实上，民事违法概念本身就颇具争议，对其内涵很有正本清源的必要。

#### 1. 民事违法概念的体系定位

民法集中讨论违法性概念的地方有两处，一是在侵权行为的构成要件中是否应专门设立违法性要件，二是能否以违法性为标准将民事法律事实分为合法行为和违法行为。违法论语境下民事违法与刑事违法的关系针对整个民法领域，故侵权行为的违法性与此关系不大。在刑民交叉领域，真正有研究意义的是民事法律事实中的违法行为。

民事法律事实是引起民事法律关系变动的客观事实，对此可根据不同标准进行分类。其中争议最大的是，能否以违法性为标准区分合法行为（适法行为）和违法行为。部分学

(5) [日] 木村龜二 《違法性の統一性の理論》，《法学セミナー》第156期（1969），第48页。

(6) 参见[日] 佐伯千仞 《刑法講義（総論）》，有斐閣1974年版，第176页。

(7) [日] 前田雅英 《刑法総論講義》，東京大学出版会2015年版，第29页。

(8) 参见[日] 藤木英雄 《可罰的違法性》，学陽書房1975年版，第120页；[日] 前田雅英 《法秩序の統一性と違法の相對性》，《研修》第559号（1995），第24页；[日] 京藤哲久 《法秩序の統一性と違法判断の相對性》，载《平野龍一先生古稀祝賀論文集》上卷，有斐閣1990年版，第218页。

(9) 前引〔4〕，王昭武文，第3页。

者对此持否定态度，强调应基于客观事实是否与人的意志有关，将法律事实分为事件和行为。<sup>(10)</sup>与之相对，有学者主张，法律事实包括人的行为和其他，人的行为包括适法行为和违法行为，其他则包括自然事件和自然状态。<sup>(11)</sup>合法行为是符合（至少不违反）民法规定，引起民事法律关系发生、变更或消灭的行为；“违法行为，是指违反民法规定，侵害他人合法权益，依法应承担民事责任的行为。包括侵权行为、违约行为”。<sup>(12)</sup>

刑法学者将民事违法分为两类，一类是民事违约，一类是民事侵权。<sup>(13)</sup>这正是建立在民事法律事实中违法行为的基础上。暂且不论违法行为在民法理论中能否被认可，即便将违法性作为区分标准，民事违法概念也具有独特的体系定位。

第一，民事违法概念只影响民法知识的归类整合，而不涉及民法规范的具体理解与适用。无论是否将民事法律事实区分为合法行为和违法行为，都不会影响司法人员适用具体规定处理案件。其理论价值限于选择何种方式和路径搭建民法学的知识大厦，即是否将各种既定的民法规范分别纳入合法行为和违法行为的范畴。而这并不触及每一项具体的民法知识内容，“不会影响与这些民事法律事实有关的民法规则的设计与适用，仅仅会导致这些民事法律事实在民法学概念体系中所处位置的差异”。<sup>(14)</sup>

第二，民事违法概念只在形式上明确法律要件的类型，不对行为是否违法进行实质判断。合法行为和违法行为的区别，是法律要件中是否包含违法性要素，“只要没有违法性的构成要素，就能说该法律要件是合法行为”。<sup>(15)</sup>这种判断仅限于形式层面，民事合法行为可能实质违法，民事违法行为也可能实质不违法。例如，以欺诈手段签订合同的行为，双方意思表示一致，法律行为已然成立，由于民法对此没有规定违法性要素，故此层面的法律行为是合法行为，<sup>(16)</sup>但该行为在法秩序中显然实质违法。违约行为违反合同义务，即便违约行为被部分学者认为属于民事违法行为，但导致违约的原因多种多样，某些合法（至少不违法）情况下的违约行为不具有实质违法性，<sup>(17)</sup>如债务人因救助他人致使自己的身体或财产受损从而无法履行合同。

根据上述特征，民法领域的合法行为和违法行为之分，与违法论中民事合法行为和民事违法行为之分，显然不属于同一范畴。其一，前者属于纯粹的民法理论中知识归类整合的问题，不涉及具体法律规范的理解与适用，不对实际问题的解决产生影响；后者则可能影响刑事违法的认定，民事违法的有无对于刑法规范的具体适用有重要意义。其二，前者只在形式层面判断法律要件是否包含违法性要素，至多具有某种形式违法性；后者所要评价的是，行为是否在法秩序中具有实质违法性。所以，不能在民法领域定位出与违法论所涉含义相同的民事违法概念。

(10) 参见佟柔主编《中国民法》，法律出版社1990年版，第37页；江平主编《民法学》，中国政法大学出版社2007年版，第142页以下。

(11) 参见王泽鉴《民法总论》，北京大学出版社2009年版，第192页。

(12) 梁慧星《民法总论》，法律出版社2017年版，第64页。

(13) 参见陈兴良《刑民交叉案件的刑法适用》，《法律科学》2019年第2期，第162页。

(14) 王轶《论民事法律事实的类型区分》，《中国法学》2013年第1期，第74页。

(15) 常鹏翱《合法行为与违法行为的区分及其意义——以民法学为考察领域》，《法学家》2014年第5期，第43页。

(16) 同上文，第47页。

(17) 参见李锡鹤《论责任是违法的法律后果——从〈侵权责任法〉第2条的逻辑矛盾说起》，《法学》2010年第5期，第91页。

## 2. 民事违法概念的适用缺陷

退一步讲，即便笼统地使用民事违法和民事合法概念，违法一元论也有一定缺陷。

第一，容易将一般违法行为解释为民事合法行为。违反整体法秩序、受到否定性评价的行为具有一般违法性。根据法秩序统一性原则，一般违法行为不可能具有民事合法性。然而，当采用“在否定民事违法性的基础上否定刑事违法性”的分析思路时，容易将一般违法行为解释为民事合法行为，从而出现逻辑谬误。这一现象在帅英案<sup>(18)</sup>中体现得尤为明显，该案作为刑民交叉的经典案例，至今依然存在较大的理论争议。

帅英通过故意篡改被保险人年龄，找他人代为体检等方式，分别于1998年和2000年为其母向某保险公司投保了“康宁终身保险”。2003年其母因病身故，保险公司向受益人帅英支付保险金27万元。本案审理过程中存在两种观点，一种观点认为帅英无罪，因为保险公司未在合同成立之日起二年内解除合同，该保险合同受法律保护，保险公司有义务支付保险金；另一种观点主张帅英的行为具有严重社会危害性，成立保险诈骗罪。一审法院宣告帅英无罪之后，检察机关提起抗诉。

本案的争议焦点是，如何理解保险法的不可抗辩条款与合同诈骗罪的关系。保险法对解除权设定了二年的除斥期间，若超过二年不行使解除权则保险人不得解除合同。对此，学者认为，只要保险人二年内没有行使解除权，保险合同就是合法的，请求赔偿的行为属于权利行为，民事上合法有效的行为不具有刑事违法性，<sup>(19)</sup>不成立犯罪。但是，帅英恶意骗取保险金的行为违反客观法秩序，具有一般违法性，这一点是毋庸置疑的。违法一元论以保险合同有效为由，将一般违法行为解释为民事合法行为，不具有合理性。

第二，无力解决民事效力与犯罪认定的关系问题。民法对表示行为采取意定主义的调控方式，当事人之间的利益关系取决于主体意思自治，民法对此多规定效力性要件，不规定违法性要件。合同效力与合同是否违法有着本质不同，涉及不同的规范目的和利益权衡。<sup>(20)</sup>“法律行为效力与违法性评价不具有关联性”，<sup>(21)</sup>“不能以是否符合有效要件，来确定法律行为这种法律要件是合法行为还是违法行为”。<sup>(22)</sup>

然而，刑民交叉涉及的基本都是民事效力与犯罪认定的关系问题，除了成立犯罪是否影响民事行为效力，民法确立的权利归属是否影响犯罪认定也与民事效力问题密切相关，因为真正对权利义务产生实质影响的是有效性的有无，甚至在行为实质违法的场合，民事法律后果也可能是有效的。例如，在表见代理中，行为人隐瞒无代理权的事实，与善意相对人交易，民法为维护动态交易安全承认民事法律后果的有效性，这是否影响犯罪的认定就成为问题。杨涛案<sup>(23)</sup>是此方面的适例。

杨涛在担任东方雅园项目售楼部销售经理期间，对杨小莉等人虚构二期商铺即将销售

(18) 参见何海宁：《难倒法官的骗保案》，《南方周末》2005年4月14日第A6版。

(19) 参见王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，《中外法学》2015年第1期，第184页；时延安：《论刑事违法性判断与民事不法判断的关系》，《法学杂志》2010年第1期，第95页。

(20) 参见于改之：《法域冲突的排除：立场、规则与适用》，《中国法学》2018年第4期，第95页。

(21) 蒋太珂：《除斥期间的刑法评价》，《政法论坛》2020年第3期，第140页。

(22) 前引(15)，常鹏翱文，第44页。

(23) 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》总第111集，法律出版社2018年版，第100页以下。

的事实,利用保管的购房合同、房屋销售专用章、副总经理印章与客户签订房屋买卖合同,骗取购房款1011万元。杨涛称他以公司名义和客户签订的房屋买卖合同有效,构成表见代理,其侵占的是单位财产,应成立职务侵占罪。但法院认定构成诈骗罪。

杨涛欺骗客户签订合同成立表见代理,客户有权要求公司履行合同,这是否影响对刑事被害人与财产损失的认定?对此,违法论显得无能为力,因为杨涛的行为在民法上属于(广义的)无权代理行为,行为本身虽有违法性,但民法例外地承认该行为的法律效果——相对人向被代理人主张合同权利。问题的核心不是行为是否违法,而是民事法律后果的有效性是否影响犯罪认定。如此一来,刑民交叉就不是违法性的交叉,而是权利归属的交叉。

概言之,违法一元论之所以无法成立,是因为民法对法律行为所作的控制“不是‘合法性’控制,而是‘有效性’控制”。<sup>(24)</sup>“即使合同内容被确定为违反法律规定,也仍然是以无效为评判结果的。”<sup>(25)</sup>民法评价的落脚点是无效效力,行为是否违法不具有决定性意义。无论是受益人获得保险金请求权,还是表见代理的法律后果被认可,都不是因为行为本身不具有民事违法性,而是民法承认权利归属的有效性。因此,刑民交叉的本质是民事效力与犯罪认定之间的交错,与有无民事违法性没有必然关系。

## (二) 法秩序统一性原则的形骸化——违法相对论之批判

民事合法/违法与民事效力之间的差异,已受到部分违法相对论者的关注,并以此否定民事违法对刑事违法判断的约束力。<sup>(26)</sup>这是否意味着违法相对论应当被采纳?

诚然,民事效力与刑事违法之间没有必然的逻辑关系,只要承认民事违法概念的局限性,有无刑事违法就应根据刑法进行独立判断。但问题是,当违法判断完全在刑法内部操作,切断其与其他法领域的关系时,如何保证不同法域之间相互协调,维系法秩序统一?法秩序统一性作为公设,必须贯彻到交叉法域的规范适用中,在违法一元论中,其表现为部门法域的违法性不得与一般违法性相抵触。但是,违法相对论否定一般违法性概念,理由是现实中不存在贯通全体法秩序的一般规范,与之相应的一般违法性不具有实际意义,充其量只是观念上的探讨而已。<sup>(27)</sup>然而,若是失去一般违法性之共通点,各法领域缺乏有机互动,刑法在法秩序中将被孤立。<sup>(28)</sup>若如此,法秩序统一性原则将如何贯彻到刑事违法的判断中,以确保对刑民交叉实体问题的处理与法秩序相容?

对此,违法相对论将法秩序统一性理解为各法领域的合目的性统一。<sup>(29)</sup>法律作为解决社会矛盾、目的意识明确的社会统制手段,应具有目的实现手段的统一性——目的之整合性、无矛盾性,这是法秩序统一性的根据。<sup>(30)</sup>具体到刑民交叉领域,刑法与民法的目的具有天然的差异,以各自法目的为出发点,违法性的判断必然多元且难以统一;在面对不同法域提供的不同(甚至矛盾的)行为选择时,国民可以自行选择自己的行为,<sup>(31)</sup>由此产生

(24) 参见易军《法律行为为“合法行为”之再思》,《环球法律评论》2019年第5期,第62页。

(25) 冀海阳《法律行为概念的再思考》,《比较法研究》2016年第1期,第122页。

(26) 参见王骏《违法性判断必须一元吗》,《法学家》2013年第5期,第136页;简爱文《从“分野”到“融合”——刑事违法判断的相对独立性》,《中外法学》2019年第2期,第450页。

(27) 参见前引〔8〕,前田雅英文,第22页。

(28) 参见〔日〕松原芳博《刑法總論》,日本評論社2017年版,第120页。

(29) 参见前引〔26〕,简爱文,第439页。

(30) 参见前引〔8〕,京藤哲久文,第198页。

(31) 参见〔日〕前田雅英《刑法の基礎(總論)》,有斐閣1993年版,第158页。

的规范矛盾能够被法秩序容忍。

问题是，虽然法秩序的统一确为合目的性统一，但仍需进一步阐明合目的性统一的具体贯彻路径。在何种场合刑法会为了实现整体的合目的性统一，在规范适用过程中进行自我调整？尤其是在违法性不能为民事效力与犯罪认定之间的协调搭建平台的情况下，如何确保刑民规范的合目的性得以共存？对此，违法相对论不仅没有给出明确的解决方案，反而从各法域的目的差异性进一步推演出规范适用的相对性——法的目的是多元的，刑法规范基于自己的目的独立适用即可。这一做法将规范适用的独立性极端化，掩盖了刑民规范之间可能存在的目的冲突，诱发了民法规范目的被架空的风险，对法秩序造成了破坏。

例如，对于帅英案，违法相对论者认为“当投保人故意虚构保险标的骗取保险金时，即使保险合同依然有效，也不影响其行为构成保险诈骗罪。”<sup>(32)</sup>但是，如果成立保险诈骗罪，不可抗辩条款的规范目的——防止保险人滥用优势地位，为处在弱势地位的投保人提供保护——不仅会被架空，而且进一步加剧了保险人滥用优势地位的可能。因为即便保险人在二年后才发现投保人的欺诈事实，依然可以报案，“一旦投保人被判处保险诈骗罪，保险人既不用承担保险责任，又可获取巨额的保险费”。<sup>(33)</sup>

再如，在侵占不法原因给付物的场合，违法相对论者认为，不法原因给付物属于刑法上的“他人之物”，受领人将给付物据为己有的行为具有刑事违法性，构成侵占罪。<sup>(34)</sup>但是，这与民法中不法原因给付条款的规范目的相矛盾。民法上之所以否定给付人的返还请求权，是要通过拒绝为给付人提供保护来对其予以非难。<sup>(35)</sup>如果成立侵占罪，刑法对民法上没有返还义务的人施以刑罚制裁并将给付物追缴返还给给付人，这实际上使得给付人虽无返还请求权之名却有返还请求权之实，民法的规范目的落空，破坏了法秩序统一性。<sup>(36)</sup>

由此可见，违法相对论只是否定了将违法性作为刑民规范适用连接点的可行性，却没有正面提供新的连接点来支撑刑民规范之间的作用机制，致使法秩序统一性原则无法具体贯彻到刑民交叉领域。这不仅对问题的解决没有任何裨益，反而彻底割裂了刑民规范之间的联系，刻意回避刑民规范冲突。

综上所述，违法论试图在行为评价层面对接刑民规范，但是，民法侧重行为的有效/无效，刑法侧重行为的合法/违法，二者之间的错位使得规范互通变得不可能。而且，从违法判断的相对性推断出规范适用的独立性，会对统一的法秩序造成破坏。因此，违法性不能成为刑民交叉的连接点。

### 三、“法律效果论”之构建

为合理解决刑民交叉实体问题，需转换思路，从行为评价转向适用结果。刑民规范之间的沟通和法秩序统一性原则的贯彻，应立足于“法律效果”。理由有二：

(32) 张明楷《实体上的刑民关系》，《人民法院报》2006年5月17日第B01版。

(33) 于改之、吴玉萍《刑、民冲突时的法律适用——以帅英骗保案为中心》，《法律适用》2005年第10期，第63页。

(34) 参见〔日〕前田雅英《刑法各论讲义》，东京大学出版会2015年版，第266页。

(35) 参见〔日〕我妻荣《债权各论》下卷（一），岩波书店1972年版，第1133页。

(36) 参见〔日〕团藤重光《刑法纲要各论》，创文社1990年版，第637页。

其一，法律效果在刑民规范适用过程中具有共通性。法律适用可以分为两个步骤，法律评价与法律效果。<sup>(37)</sup> 违法论将刑民交叉的连接点置于法律评价层面，但刑法的违法性评价与民法的效力性评价不属于同一范畴，难以在违法性层面互通。既然如此，连接点的定位只能转向法律效果层面，判断刑民法律效果之间的逻辑关系。虽然形式上两种效果差异明显，刑罚是国家对犯罪人的制裁，而民事责任针对平等主体，但实质上民法和刑法在权利义务层面能够互通。民事法律效果明确了当事人之间的权利归属；刑事法律效果通过刑罚制裁措施保护被害人的合法权益，国家追缴涉案财物返还给被害人。概言之，虽然民法和刑法的形式法律效果不同，但实质法律效果具有共通性，均是以实现权利义务的方式，对法律主体予以保护或惩戒。本文中的“法律效果”限于实质层面，特指刑民规范评价所实现的权利义务归属。

其二，法律效果能够彰显规范目的，实现合目的性统一。法秩序统一是各法领域的合目的性统一。规范目的之间如何协调是处理刑民关系的根本，真正能够将合目的性统一贯彻到刑民交叉领域的媒介是法律效果。因为法律效果描述规范对于国民生活的意义，是规范目的的直接体现。法律规范的功能不是描述客观现象，而是基于特定目的进行评价，这种评价表现在立法者对法律效果的安排中。<sup>(38)</sup> 在规范的世界里，法律要件成立后所引发的法律效果，正是法律目的的体现。<sup>(39)</sup> 刑法和民法的规范目的之间是否协调，可以从二者的法律效果能否合理共存进行判断。

以法律效果为衔接点处理刑民交叉实体问题，称为“法律效果论”。较之违法论，法律效果论将整个问题的处理从行为评价转向适用结果——违法性是法律对行为的评价，法律效果是在评价的基础上所得出的法律适用结果。若想构建法律效果论，在确立连接点的基础上，需要进一步明确合目的性统一在刑民交叉领域的具体贯彻途径，通过一定标准对刑民规范适用的逻辑关系进行类型化处理。

#### （一）合目的性统一的贯彻

在刑民交叉领域，合目的性统一是处理刑民法律效果冲突的基本原则。在处理同一案件时，刑法和民法的规范目应当能够共存。然而，当刑法和民法确立的权利归属出现矛盾时，刑事法律效果有可能阻断民事法律效果，导致民法规范目的被架空。为贯彻合目的性统一，避免因法律效果冲突而导致民法规范目的被压制，应引入刑法补充性原则。

刑法的补充性是指，“刑罚只有在其他的社会统制手段不够充分，或者其他的社会统制手段（例如私刑）过于激烈时，才有发动的必要”。<sup>(40)</sup> 只有当民事法律效果难以使人身权益、财产秩序恢复正常时，刑事法律效果才有必要介入，弥补前者调整、保护力度之不足。补充性原则决定了刑事法律效果是民事法律效果的保障，起辅助作用，不能越俎代庖，更不能架空民事法律效果；当存在民事法律效果时，刑罚权的发动应受到一定限制。

需要注意的是，刑法的补充性与违法论中刑法的二次规范性（或从属性）有本质差异，

(37) 本文中的“法律评价”作狭义理解，限于刑民规范对行为（犯罪行为或民事法律行为）的评价——违法性评价或效力性评价，不包括其他带有规范性质的评价（例如，对行为人施加某种“法律效果”，其本身也可以视为法律对行为人的一种评价）。

(38) 参见〔德〕魏德士《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第61页。

(39) 参见〔日〕佐伯千仞《刑法における違法性の理論》，有斐閣1974年版，第386页。

(40) 〔日〕平野龍一：《刑法總論I》，有斐閣1972年版，第47页。

后者是指刑事违法性从属于民事违法性，只有违反民法才能发动刑罚权。刑法的二次规范性体现为，民事或者行政裁判明确认定行为正当，且不存在明文否定行为正当性的刑事立法时，在刑事裁判中不得对该行为进行处罚；刑法的补充性则要求，刑法之介入必须以固有的其他制裁手段明显不充分为前提。<sup>[41]</sup> 补充性与二次规范性的区别在于，前者针对刑民法律效果之间的关系，既然刑事法律效果居于补充性、辅助性的地位，刑法就应当尊重民法，不能使民事法律效果被架空；后者针对刑事和民事违法性之间的关系，刑事违法应从属于民事违法，民事合法行为不具有刑事违法性。在刑民交叉领域，违法性不是刑民规范适用的连接点，二次规范性概念应当被舍弃，以法律效果为对象的补充性原则是维系法秩序合目的性统一的唯一之选。

## （二）法律效果冲突的成因

在将法律效果作为刑民交叉的连接点，将刑法补充性原则作为贯彻法秩序合目的性统一的具体路径之后，可以对刑民交叉实体问题的处理展开具体思考，从法律效果的视角分析刑民规范适用的逻辑关系。法律效果作为规范目的的外部表现形式，如果刑法和民法的法律效果可以共存，则刑民规范目的不违反合目的性统一，规范适用相互独立；反之，如果法律效果不能共存、出现冲突，刑事法律效果会压制民事法律效果，民法的规范目的会被架空，则规范适用不能相互独立，刑法和民法之间需要相互交流、相互影响，消除规范之间的矛盾，以维系法秩序的统一。简言之，法律效果若有冲突，则刑民规范需相互沟通；若无冲突，则刑民规范适用应相互独立。

问题是，如何判断刑民法律效果出现冲突？同一案件中，刑民法律效果存在差异是常态。若想在诸多差异中筛选出法律效果难以兼容的刑民冲突，有必要追溯产生冲突的原因，明确法律效果无法共存的前提条件。对此，我国司法实践虽然欠缺对法律效果冲突的直接探讨，但以评价对象为主线，对法律效果差异为法秩序所容许的缘由进行阐释，可以反推法律效果冲突的形成机理。

### 1. 法律效果差异被容许的原因：评价对象不同

在刑民交叉案件中，绝大部分法律效果差异均为法秩序所容许，刑民规范各自独立适用，没有交错的空间。这是因为，刑民规范即便适用于同一案件，二者评价的法律事实也可能不同，此时得出的法律效果自然存在差异，为法秩序所容许理所应当。例如，在非法集资案件中，“单个的借款行为仅仅是引起民间借贷这一民事法律关系的民事法律事实，并不构成非法吸收公众存款的刑事法律事实，因为非法吸收公众存款的刑事法律事实是数个‘向不特定人借款’行为的总和，从而从量变到质变。”<sup>[42]</sup> “合同承载的交易行为并非刑法所禁止或否定性评价的对象，则合同并不必然因犯罪行为而无效。”<sup>[43]</sup> 刑民评价对象的差异，使二者可以根据各自的规范进行独立判断。这也是“民间借贷规定”主张成立犯罪并不导致民间借贷合同当然无效，合同效力应根据合同法的相关规定独立判断的原因所在。

[41] 参见 [日] 恒光徹 《刑法の二次規範性と補充性——フランスにおける刑法の自律性論争をめぐって（二完）》，《法学論叢》第 113 卷第 5 号（1983），第 62 页以下。

[42] 吴国军诉陈晓富、王克祥及德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷案，《最高人民法院公报》2011 年第 11 期（总第 181 期）。

[43] 姚辉 《民法适用中的价值判断》，《中国法律评论》2019 年第 3 期，第 111 页。

不仅如此,从我国有关刑民交叉案件审理程序的司法解释中,同样可以看出以评价对象为处理线索的倾向。例如,1998年最高人民法院《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》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”。再如,2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》就刑民交叉案件的程序处理指出,“同一当事人因不同事实分别发生民商事纠纷和涉嫌刑事犯罪,民商事案件与刑事案件应当分别审理”。实务部门主要通过判断刑法和民法处理的是不是同一(法律)事实,决定是采取“先刑后民”还是“刑民并行”。程序选择与实体问题的处理有紧密关联:若刑民诉讼程序有先后之分,则刑法和民法对实体问题的处理更有可能存在交错,后一程序中的规范适用以前一程序得出的相关结论为前提;若采取“刑民并行”,则刑法和民法的规范适用更偏向于各自独立、互不干扰。

需要说明的问题是:刑民规范在适用于同一案件时,明明针对同一案件事实进行评价,为何又以评价对象存在差异为由,允许刑法和民法产生不同的法律效果。这是因为案件事实与法律事实是不同的概念。在刑民交叉案件中,刑法与民法虽然适用于同一案件事实,但各自评价的却可能是不同的法律事实。案件事实与法律事实关系密切,前者是“事实”层面的客观存在,后者是对前者在“规范”层面的抽象整合;同一案件事实可以同时为多个法律事实提供素材,在不同法领域能够数次重叠地被考量。例如,在非法集资案件(同一案件事实)中,非法吸收公众存款罪的法律事实不同于单个借款合同效力的法律事实,前者择取行为人不具有集资资质、向不特定多数人募集资金等事实,后者择取行为人与某一借款人是否达成合意、意思表示是否真实等事实。在刑民交叉领域,法律事实有其特殊含义,把握法律事实需要注意以下几点:

第一,同一事实就是同一法律事实。司法实践中,对“同一事实”“同一法律事实”“同一法律关系”等术语的使用一直存在争议。最近几年,“同一事实”逐渐取代“同一法律事实”和“同一法律关系”,成为判断刑民交叉程序选择的标准。<sup>(44)</sup>实际上,这些术语所指代的内容以及对刑民交叉案件处理的意义并无不同,同一事实就是同一法律事实,不同事实就是不同法律事实。这是因为刑民交叉的表现形式是刑法和民法处理同一案件,即案件事实具有同一性,如果处理的都不是同一案件事实,就不存在交叉的可能。以此为前提,在刑民交叉内部进一步区分刑法和民法处理的是不是同一事实,这显然不是指同一案件事实,而只能是指同一法律事实。

第二,法律事实的核心是要件事实。法律事实是一种要件事实,刑法和民法就案件事实择取不同要件要素,构成相应的法律事实并予以评价。例如,刑事诈骗事实包括行为人故意虚构事实或隐瞒真相、被害人陷入认识错误、被害人交付财物、财产损失等要件事实;民事欺诈事实包括故意欺诈行为、相对人因欺诈陷入认识错误并作出意思表示(交付财

(44) 最高人民法院仍有裁判采用“同一法律事实”或“同一法律关系”作为判断标准,如最高人民法院(2018)最高法民终243号民事判决书。

物)、行为人拒不履行合同(财产损失)等要件事实。可见刑民评价的要件事实可能相同,也正因为如此,才赋予两种法律事实一定的共通性。

第三,法律事实限于认定行为是否构成刑事犯罪或民事违约/侵权的事实。法律事实作为刑法和民法的评价对象,用于判断行为是否构成犯罪或违约/侵权,为法律主体确定权利义务关系,其判断时点为行为之时。<sup>(45)</sup> 在此之后,专门影响法律效果实现的事实,就不属于法律事实的范畴。例如,除斥期间、诉讼时效等虽然对既定的权利行使存续期间进行限制,<sup>(46)</sup> 但这不影响因违约或侵权在当事人之间产生的权利义务关系本身;即便其与刑民法律评价之后法律效果是否冲突密切相关,也不属于作为评价对象的法律事实的要件。<sup>(47)</sup> 故并非法律规定的要件都能在刑民交叉意义上的法律事实中找到定位,部分只作用于法律效果实现的要件不属于法律事实的范畴。

总之,在规范适用过程中,刑法和民法的评价对象是法律事实而非案件事实。“对于法律评价(或适用)而言,评价(或适用)对象的差异性,也就自然否定了评价结果之间冲突的可能。”<sup>(48)</sup> 在这种情况下,刑民法律效果的差异为法秩序所容许,刑法和民法的规范适用具有独立性。

## 2. 法律效果发生冲突的前提:评价对象具有同一性

如果刑民评价对象不同,法律效果差异即被容许;反之,如果法律效果难以直接兼容,则刑民评价对象是同一的。在后者的场合,刑法和民法对同一法律事实进行评价,却为当事人确立了不同乃至对立的权利归属,法律效果出现冲突。例如,在帅英案中,刑法和保险法的评价对象具有同一性,犯罪事实与违约/侵权事实都指向投保人欺骗保险公司获取保险金,具体包括投保人虚报年龄、保险人陷入认识错误、签订保险合同以及合同履行(取得保险金)等事实。然而,针对同一法律事实,保险法认定保险合同有效,保险金归受益人所有;与之相对,刑法认定成立保险诈骗罪,保险金不属于受益人,应追缴返还给保险公司。再如,在侵占不法原因给付物的场合,有学者认为刑民评价的法律事实不同,民法上只认定给付人不得请求返还,并不涉及以不法原因为契机进一步引起的其他事项,受领者的处分行为是私法秩序之外的行为,所以刑法认定成立侵占罪与民法秩序互不冲突。<sup>(49)</sup> 但是,所有权归受领人本身就是给付人不得请求返还的反射效果,受领人拒不返还是取得所有权的自然延伸,故给付人丧失返还请求权与受领人处分属于一体两面,刑民评价指向同一事实——受领人占有给付人丧失返还请求权的不法原因给付物。对此,刑法上,给付物归给付人所有,成立侵占罪,而民法将所有权归属于受领人。

此外,评价对象的同一还广泛存在于行为人以欺诈手段与被害人签订合同的案件中。司法实践中多以刑民评价的法律事实不同为由,主张诈骗罪(或合同诈骗罪)的成立与合同效力的认定没有必然关联。具体而言,诈骗行为与合同行为属于不同法律事实,前者是

(45) 之所以作此限定,是因为法律事实作为刑民评价对象,在刑法和民法的规范适用过程中应当具有共通性,否则,判断评价对象是否同一便失去了意义。既然刑法的评价对象(犯罪构成要件)围绕行为展开,判断时点为行为之时,那么民法的评价也应作同样理解。

(46) 参见陈甦主编《民法总则评注》下册,法律出版社2017年版,第1346页,第1436页。

(47) 违法论者同样认为,民法有关时间效力的规定不影响刑民法律评价本身。参见前引〔20〕,于改之文,第96页。

(48) 姚辉《关于民间借贷若干法律问题的思考》,《政治与法律》2013年第12期,第8页。

(49) 参见〔日〕篠原弘志《不法原因给付と横領罪》,《日本法学》第16卷第2号(1950),第75页。

行为人以签订合同为手段,实现骗取财物之目的的单方行为,后者是双方意思表示一致,共同实施的双方行为,二者存在法律事实上的差异,故诈骗罪的成立不影响合同效力的认定。<sup>(50)</sup>但笔者认为,两种法律事实包含的要件相互重叠,具有同一性。诈骗罪的成立也要考虑被害人方面的内容,包括被害人陷入认识错误、处分财产等要件;与诈骗罪一样,民事欺诈的构成要件包括欺诈行为、欺诈故意、相对人因欺诈陷入认识错误并作出意思表示等。<sup>(51)</sup>刑事诈骗一定构成民事欺诈,刑法和民法评价的是同一法律事实。

需要进一步分析的问题是:对于同一法律事实,刑法和民法是否为当事人设定了不同的权利义务关系,为涉案财物确立了不同的权利归属。根据刑法第64条的规定,被害人履行合同向行为人给付的对价属于犯罪分子的违法所得,应当返还给被害人。根据民法总则第148条的规定,受欺诈而签订的合同可撤销。如果被害人要求撤销,合同无效,之前给付的对价应予返还,刑民法律效果一致。如果被害人未撤销,合同有效,被害人可以根据合同要求行为人承担违约或约定的其他赔偿责任,甚至可以要求行为人继续履行合同,<sup>(52)</sup>刑法上的追赃效果(刑事责任的承担)与民事赔偿效果(民事责任的承担)之间变得不协调:刑法要求涉案财物返还,相当于合同无效的法律效果;民法允许出现合同有效的法律效果,被害人可以向行为人主张合同项下的权利。

### (三) 法律效果冲突的解消

在上述场合,刑法和民法针对同一评价对象确立的权利义务关系之间发生龃龉,两种法律效果难以直接共存。倘若刑民规范适用各自独立,放任法律效果冲突,则刑事法律效果会因刑罚的强制力导致民事法律效果被架空,这违反了刑法补充性原则。为了消解冲突,刑民规范不能再互不干涉,而需要双方协作配合。以刑民规范目的在整体上是否一致为标准,可以将法律效果冲突分为两种类型,分别为之设立解消冲突的路径。

#### 1. 相对冲突型:刑民规范目的整体一致

所谓相对冲突是指,虽然刑法与民法的法律效果存在冲突,但刑民规范目的整体上一致,对法律主体的惩戒或保护方向相同,与法秩序合目的性统一原则相契合。此时,刑民法律效果不存在根本冲突,不用改变各自的规范适用范围,刑民规范适用仍然具有独立性,只需通过对具体法律效果进行适当调整即可消除冲突。

在行为人以欺诈手段与被害人签订合同的案件中,无论是诈骗罪的成立还是合同效力的认定,以及由此得出的财产追缴返还、合同撤销、合同有效时的权利主张等,都是为了预防以及压制欺诈,对诈骗行为人予以惩戒并对被害人提供保护,<sup>(53)</sup>二者的规范目的在整体上是-一致的。为了消解法律效果之间的冲突,需要对刑民法律效果的实现进行综合考量。最高人民法院的裁判认为,刑事追赃不能否定民事责任的承担。<sup>(54)</sup>如果被害人要求行为人承担违约责任或其他合同规定的赔偿责任,应对追赃与民事责任的追究进行协调,执行法院应结合民事责任、刑事责任的认定,确定民事责任人应承担的民事责任范围和赃款的退

(50) 参见最高人民法院民事审判第一庭编著《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第237页以下。

(51) 参见韩世远《合同法总论》,法律出版社2018年版,第252页以下。

(52) 参见叶名怡《涉合同诈骗的民法规制》,《中国法学》2012年第1期,第137页。

(53) 参见前引〔46〕,陈甦主编书,第1069页。

(54) 参见最高人民法院(2017)最高法民申4094号民事裁定书。

还对对象；<sup>(55)</sup> 如果被害人要求继续履行合同，法院应予支持。行为人的“违法所得”乃合同履行所获得的对价，此时刑事追缴受民事合同履行的限制，是否追缴以及在多大程度上、多大范围内追缴，要以合同的顺利履行为前提（若强行追缴会导致合同难以继续履行，这违反刑法补充性原则）。刑事追缴与民事责任作为保护被害人合法权益的双重手段，应相互协调、相辅相成。

总之，当刑民规范目的整体一致时，刑民法律效果冲突不会影响各自规范的适用范围，刑事犯罪与民事效力的认定仍在各自法领域分别进行，规范适用保持独立性。与此同时，需要对刑民法律效果进行综合考量，二者不能相互替代，而应相互配合，为被害人提供充分保护。

## 2. 绝对冲突型：刑民规范目的明显对立

所谓绝对冲突是指，刑法与民法不仅在法律效果上存在冲突，而且其背后的规范目的也明显对立，对法律主体的惩戒或保护方向相反，与法秩序合目的性统一原则相抵触。此时，如果刑民规范各自独立适用，则刑事法律效果阻断民事法律效果的实现，违反刑法补充性原则；如果仅适用刑法或仅适用民法，则会导致另一规范的保护目的完全落空，不具有合理性。例如，在帅英案中，如果适用刑法、不适用保险法（或刑法、保险法各自独立适用），则相当于赋予保险公司公权形式的“解除权”，该权利如被滥用将导致不可抗辩条款形同虚设；如果适用保险法、不适用刑法，则会促使骗保人产生投机、侥幸心理，希望合同成立后二年快点过去，逃脱法律制裁。<sup>(56)</sup>

若想消除冲突，需回溯产生冲突的缘由，确保刑法和民法的法律效果与规范目的实现均能在法秩序中找到合理区间。在绝对冲突型中，刑法和民法不仅处理同一案件，评价的法律事实也是同一的，这导致刑法和民法围绕同一法律事实，针对同一主体的权利义务实现发生对立。其中，同一法律事实是刑法和民法各自规定的要件事实，其包含的各个要件源于法律规定，不得更改。真正可以调整的是同一案件事实，即在事实层面对刑民评价对象进行区分，为二者隔离出不同的规范适用区间。换言之，只要刑法和民法存在交叉，适用于同一案件，就会因评价对象的同一性产生法律效果冲突，若想真正消解冲突，只能在事实层面对案件进行拆分，刑民规范分别适用于不同的案件事实，即“此法评价而彼法不予评价”，“桥归桥、路归路”，二者绝对分立，互不干扰，从刑民交叉转为刑民分立，从源头上实现分流。

实现刑民分立的关键，是对民法规范进行合目的性限缩解释。这是因为，刑法补充性原则要求刑事法律效果是对民事法律效果的补充与辅助，故在划定各自规范的适用区间时，宜优先框定民法规范的规制范围，对民法规范进行限缩解释，明确民法调整的案件事实；在此范围之内，刑罚权不得发动，避免民事法律效果被架空，为民法规范目的的实现预留空间，只有在此范围之外，才可以适用刑法。具体而言，任何一种规范目的都会受到其他目的或原则的制约，法律效果冲突的深层缘由是规范目的的对立；若想消解冲突，实现刑民分立，需协调二者的规范目的，民法规范目的占据优势地位的案件事实属于民法规制的

<sup>(55)</sup> 参见最高人民法院（2017）最高法民申1914号民事裁定书。

<sup>(56)</sup> 参见温行健《刑民交叉实体问题破解途径探究——以“帅英骗保案”为基点》，载江湖主编《刑事法评论：刑法方法论的展开》，法律出版社2019年版，第657页。

范围，刑法规范目的占据优势地位的案件事实属于刑法规制的范围；此时，规范适用的取舍本质上是规范目的的取舍，当民法的规范目的具有优先性时，适用民法规范，当刑法的规范目的具有优先性时，适用刑法规范，民法规范适用范围之外即属刑法规范的规制区间。总之，刑民分立的关键是，通过权衡或协调不同的原则或目的，明确刑民规范目的之间的优先性，对民法规范进行合目的性限缩解释。

由此看来，法律效果冲突的解消不是刑法单方面的责任，需要将分析视角在刑法和民法之间来回流转。二者应加强沟通，甚至思考重心应置于对民法规范的解释，通过限缩民法的规制范围，将部分案件事实分别交由刑法和民法规制，确保二者的法律效果与规范目的共存于统一的法秩序之中。

事实上，这一思路与部分学者的观点不谋而合。在处理不法原因给付与侵占罪的关系时，刑法和民法将给付物的所有权分别归属于给付人和受领人。为了消解冲突，佐伯仁志指出，重要的不是对侵占罪的解释，而是对民法上不法原因给付制度的解释，<sup>(57)</sup> 侵占不法原因给付物是否成立侵占罪，取决于如何划定不法原因给付条款的规制范围。对此，以终局性为标准，<sup>(58)</sup> 将所有因不法原因而交付财物的行为分为不法原因给付和不法原因寄托的区分说日渐成为有力说；<sup>(59)</sup> 前者受不法原因给付条款调整，后者受刑法保护，只有在侵占不法原因寄托物时才成立侵占罪。区分说的核心是将不法原因给付条款的适用范围进行目的性限缩，其规范目的——拒绝为给付人提供保护（拒绝保护原则）——应当与抑制不法原则相协调，<sup>(60)</sup> 该条款的适用仅限于给付终局的行为；如果欠缺终局性，则转而受刑法保护。区分说为刑法和民法划定了各自独立的规制范围，可以视为“从刑民交叉回归刑民分立”思路的具体运用。

#### 四、“法律效果论”之适用

根据法律效果论，如果刑民评价的法律事实不同，或刑民评价的法律事实相同且刑民规范目的整体一致，则刑民规范适用各自独立；如果刑民评价的法律事实相同但刑民规范目的明显对立，则刑民分立的处理模式预示着刑民规范适用最后还是要各自独立。可以说，刑民规范的适用终究是独立的，但这与违法论（尤其是违法相对论）所提倡的违法判断独立性有本质不同。在刑民交叉领域，法律效果论不仅可以消除刑民规范冲突，而且有助于厘清出现问题的根源。

(57) 参见〔日〕佐伯仁志《不法原因给付にかかる物件の横領》，载西田典之、山口厚、佐伯仁志编《刑法判例百選各論Ⅱ》，有斐閣2008年版，第123页。

(58) 之所以采用这一标准，是因为民法理论认为，给付必须“在事实上给予受领人终局性利益”。参见前引〔35〕，我妻荣书，第1156页。

(59) 参见王钢《不法原因给付与侵占罪》，《中外法学》2016年第4期，第943页。

(60) 参见〔日〕谷口知平《不法原因给付の研究》，有斐閣1970年版，第213页。事实上，较之刑法学者，民法学者更注重对不法原因给付条款进行目的性限缩。例如，拒绝保护原则作为该条款的规范目的，受到法律为公民提供救济、保护公平等原则的制约（参见〔日〕四宫和夫《事務管理・不当得利・不法行為（上）》，青林書院新社1981年版，第159页）。其中，提供救济原则与刑法为被害人（给付人）提供保护的规范目的相一致，问题处理的关键是如何对刑民规范目的予以协调，判断各自目的实现的优先性。区分说仅从抑制不法原则的角度限缩民法规范的适用范围，其理论尚需进一步完善。

在处理刑民交叉实体问题时，违法论试图单方面通过解释刑法规范来消除刑民规范冲突，民法规范被预设为无需质疑、不需解释的大前提，刑民规范冲突的产生只能是因为对刑法的解释与适用不够合理。与之相对，法律效果论认为，民法规范与刑法规范一样属于可被解释的对象，产生问题的根源是刑民规范适用边界过度扩张，导致不能共存的法律效果出现交集；部分疑难问题的症结不是现有刑法理论出现偏差，而是民法规范的调整范围亟需合理框定。在处理侵占不法原因给付物的场合，区分说的思考路径即是通过调整民法规范的适用范围来处理刑民交叉实体问题的例证。法律效果论注重对民法规范的解读，强调刑法和民法双向沟通、共同努力，而不要求刑法“削足适履”。在处理疑难复杂案件时，法律效果论能够快速、精确地找到产生问题的根源，进而提供更为合理的解决方法。以下，针对刑民交叉双向性所衍生出的两种问题类型——刑法规范对民法适用的影响、民法规范对刑法适用的影响——通过法律效果论对相关问题进行分析。

### （一）类型一：成立犯罪是否影响民事合同效力

以刑民评价的法律事实是否同一为标准，可以将涉犯罪的合同效力问题再分为两类，一是破坏经济秩序类犯罪与合同效力，二是诈骗或胁迫类犯罪与合同效力。

#### 1. 破坏经济秩序类犯罪与合同效力

行为人严重违反国家监管、调控市场的相关制度，为实现犯罪目的签订、履行合同。例如，在非法集资案件中，若干个借款合同叠加，从量变到质变，对金融管理秩序造成严重破坏。刑法评价的法律事实是，（对市场秩序造成严重破坏的）行为人向不特定多数人签订、履行借款合同之整体行为，民法评价的法律事实是单个借款合同行为。同理，在非法经营案件中，刑法评价的法律事实是行为人向多个民事主体签订、履行经营合同的整体行为，民法评价的法律事实是单个经营合同行为。刑民评价的法律事实并不一致，规范适用应相互独立。

#### 2. 诈骗或胁迫类犯罪与合同效力

刑法评价的法律事实除了多个合同行为所聚合的整体外，也可能只针对特定合同行为。例如，行为人以欺诈或胁迫等手段与被害人签订合同，刑法上成立（合同）诈骗罪或敲诈勒索罪等，这是否会影响合同效力？由于民法上受欺诈或胁迫而签订的合同属于可撤销合同，所以在考虑刑事犯罪与合同效力之间的关系时，分析思路是相同的：如前所述，在行为人以欺诈手段与被害人签订合同的场合，刑民法律效果属于相对冲突型，刑法和民法评价同一法律事实且规范目的整体一致；冲突的解消需要对两种法律效果进行综合考量，但这不影响刑民规范适用的独立性，合同效力根据民法规范单独进行判断。

### （二）类型二：民事权利归属是否影响犯罪的认定

较之类型一，类型二中问题的处理难度更大，在法律效果论的分析框架下需要填充更为精细的解释方法。其中，对于不法原因给付与侵占罪的关系，通过限缩民法规范为刑法留出规制空间的区分说的思考方法具有合理性。以下结合杨涛案与帅英案，就表见代理与诈骗罪、不可抗辩条款与保险诈骗罪之间的关系进行探讨。

#### 1. 表见代理与诈骗罪

在表见代理中，相对人受表见代理人欺骗误认后者具有代理权，签订合同并向表见代

理人支付对价；为保护相对人的利益不受侵害，民法上要求被代理人履行合同，最终损失由被代理人承担。由此产生的问题是，民法中的损失认定与权利归属是否影响犯罪（职务侵占罪或者诈骗罪）的成立。主张成立职务侵占罪的观点认为，表见代理将无权代理行为造成的损失分配给被代理人，相对人没有遭受损失，不成立诈骗罪。“但是，代理人通过善意相对人所取得的财产权利，其实应属于被代理人所有，即代理人占有的是被代理人的财物”，<sup>(61)</sup>故应成立职务侵占罪。主张成立诈骗罪的观点认为，表见代理仅涉及实际损失与民事责任的承担，“即使事后认为该行为在民法上构成表见代理，也只是承认该行为在民法上的效力，但这并不影响其在刑法上已经构成诈骗罪的事实”；<sup>(62)</sup>表见代理人隐瞒其无代理权的事实，致使相对人陷入认识错误交付财物，应成立诈骗罪。

产生争议的症结是，如何看待民事权利归属与犯罪认定之间的关系。根据法律效果论，需要判断刑民评价对象是否相同。

民法围绕表见代理所评价的法律事实包括代理人欠缺代理权、代理人实施代理行为、代理之法律外观、相对人善意信赖法律外观以及代理之外观归因于被代理人等要件。<sup>(63)</sup>表见代理涉及三方，故可以根据民事主体的不同将上述要件细分为两类，一类是代理人与相对人之间的法律事实，包括代理人欠缺代理权、实施代理行为以及相对人向代理人交付财物等要件；另一类是相对人与被代理人之间的法律事实，包括代理之法律外观、相对人对外观的善意信赖以及代理之外观归因于被代理人等要件。其中，代理人与相对人之间的法律事实属于“损害发生事实”。因为代理人没有代理权，表见代理本质上属于无权代理。虽然法律最终为相对人提供保护，在法律效果上使其得偿所欲，但不能由此对表见代理行为本身的效力进行回溯。表见代理人与相对人之间的行为一直处于本来的效力状态，<sup>(64)</sup>表见权利人从未获得真实权利，<sup>(65)</sup>所以相对人没有从代理人的无权代理行为中获得相应对价，表见代理行为的直接被害人是相对人，相对人遭受了财产损失。相对人与被代理人之间的法律事实属于“损害分配事实”。民法为了维护交易安全，将相对人遭受的财产损失转嫁给被代理人，允许相对人向被代理人主张合同权利，<sup>(66)</sup>相对人最终没有财产损失，表见代理行为的最终被害人是被代理人。

刑法的评价围绕表见代理人隐瞒自己没有代理权而实施的诈骗行为展开。在刑法评价的法律事实中，相对人受骗签订并履行合同也包含在内，即“损害发生事实”是刑法的评价对象，相对人是表见代理（诈骗）行为的直接被害人。问题是，“损害分配事实”是否也为刑法所评价？损害分配的目的在于保护交易过程中当事人对权利外观的合理信赖，确保经济活动高效便捷，权利的真实状况弱化为维持交易秩序的手段，被代理人作为真实权利人被民法强加额外负担。这些与刑法保护静态安定的权利实在、实现绝对正义的价值理念相

(61) 杨志琼 《权利外观责任与诈骗犯罪——对二维码案、租车骗保案、冒领存款案的刑民解读》，《政法论坛》2017年第6期，第40页。

(62) 游成婧 《表见代理与诈骗罪的民刑并行分析》，《法学杂志》2019年第5期，第139页。

(63) 参见朱庆育 《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第369页以下。

(64) 参见王焜 《积极的信赖保护——权利外观责任研究》，法律出版社2010年版，第150页。

(65) 参见[法]雅克·盖斯坦、吉勒·古博 《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第805页。

(66) 相对人取得的合同权利是由法律直接赋予的，并不来源于代理人的无权代理行为。同上书，第803页。

抵触，况且刑法评价真实权利侵害与直接财产损失，只将直接被害人纳入评价范围本是犯罪认定的应有之义，至于之后是否重新分配损害给被代理人，则不属于刑法的评价内容。<sup>(67)</sup>

虽然刑民规范适用于同一案件，但二者评价的法律事实可以存在不同。民事法律事实包括“损害发生事实”和“损害分配事实”，刑事法律事实则仅限于“损害发生事实”，二者的规范适用具有独立性。在杨涛案中，杨涛编造虚假公司业务骗取客户财产的行为，成立诈骗罪。即便之后因构成表见代理，被害人的损失最终由公司承担，也只是民法对发生的损害进行二次分配，而这不属于刑法评价的对象，不会影响犯罪的认定。

## 2. 不可抗辩条款与保险诈骗罪

帅英案的关键在于，如何界定保险法的不可抗辩条款与保险诈骗罪认定的关系。传统理论采用违法论的思考路径，存在两种观点。无罪说认为，骗保行为不具有民事违法性，阻却犯罪的成立。按照此观点，保险人在二年之内发现投保人虚报年龄，投保人成立保险诈骗罪，在投保过程中保险人发现虚构保险标的，投保人成立保险诈骗罪的未遂；但在二年之后，不可抗辩条款将骗保行为“转化”为合法行为，合同受法律保护。这会得出犯罪是否成立取决于距离案发时间的长短，法益侵害较小的行为构成犯罪未遂，法益侵害较大的行为反而无罪等不当结论。<sup>(68)</sup>

与之相对，最近在有罪说中出现的有力观点是，刑事违法性的判断与不可抗辩条款无关，因为除斥期间“仅是为了约束义务人及时履行义务以保障当事人权利，实质上并不能真实反映当事人权利义务的存在与否”。<sup>(69)</sup>在帅英案中，骗保行为的刑事违法性不受保险法不可抗辩条款的限制，应成立诈骗罪；与此同时，保险公司不能解除合同从而要回保险金，帅英骗取的保险金应作为犯罪所得予以没收。<sup>(70)</sup>诚然，除斥期间确实不影响刑民规范的法律评价，但其对最终法律效果与规范目的的实现，却有重要作用。如果刑民规范适用相互独立，在现实中会不可避免地出现规范冲突，破坏法秩序的统一性。因为无论保险人何时发现投保人虚构事实都可以选择报案，一旦投保人成立保险诈骗罪，保险金会通过追缴退还给保险人；即便按照上述观点，将保险金作为犯罪所得予以没收，保险公司也可以私下以报案相威胁，要求返还保险金，投保人为避免刑事追究被迫返还，这种双方私了并协同规避法律的做法会使刑民规范目的落空。

若放弃违法论，采取法律效果论，则应判断刑民评价对象是否一致。如前所述，二者评价的法律事实具有同一性，但法律效果及其背后的规范目的存在明显对立，刑法惩戒投保人，保险法却为投保人提供额外保护，属于绝对冲突型。此时需要通过刑民规范目的优先性的权衡，对不可抗辩条款进行目的性限缩解释，为保险诈骗罪的成立预留空间。

不可抗辩条款的规范目的是防止保险人滥用优势地位，为处在弱势地位的投保人提供保护；与之相对，保险诈骗罪的规范目的是确保保险市场秩序稳定，维护市场参与主体的

(67) 参见陈少青《权利外观与诈骗罪认定》，《法学家》2020年第2期，第68页。

(68) 最近有学者主张，“受害人在除斥期间内不行使撤销权属于阻却刑罚处罚的客观处罚条件”（前引〔21〕，蒋太珂文，第147页）。这一观点同样会导致法益侵害较小的行为构成犯罪未遂，法益侵害较大的行为反而不予处罚的情况，会促使骗保人持投机、侥幸心理，希望保险公司在二年之内不会发现真相。

(69) 前引〔20〕，于改之文，第96页。

(70) 同上。

合法权益。为了消除刑民规范目的之间的对立，需要明确民法规范目的的实现区间，当其具有优先性时，适用不可抗辩条款；反之，则不属于该条款的规制范围，应成立保险诈骗罪。笔者认为，不可抗辩条款的适用应限于重大过失以下的场合，如果投保人故意不实告知，主动且恶意地侵害保险公司的合法权益，理应赋予保险公司撤销合同的权利。这一点也得到了诸多民法学者的支持。排除故意欺诈说的理由主要集中在以下几个方面：第一，根据最大诚信原则，如果投保人故意实施骗保行为，应当允许保险公司行使撤销权。保险是人类抗御自然灾害和意外事故的共同行为，体现“人人为我，我为人人”的互助协作精神。投保人恶意骗保不仅违反了保险关系成立之前提，也违背了人类社会创设保险制度之初衷。第二，保险费率的计算以投保人如实告知为基础，在投保人故意欺诈时，如果要求保险公司承担保险责任，则随着欺诈投保案例的增多，保险人的赔付风险会迅速增大，保险人陷入经营亏损而不得不提高保险费率甚至破产倒闭，其他无辜的投保人成为欺诈投保行为的受害人，从而有违公平原则。<sup>(71)</sup> 第三，不可抗辩条款的适用范围与一个国家保险行业的公司管理水平、风险评估水平以及市场发达程度密切相关，即便是保险市场最发达的美国，仍有北达科他州、罗德岛州等在立法上没有明确规定不可抗辩条款。考虑到我国保险行业的现实发展状况，该条款以仅适用于重大过失以下的误述或隐瞒为宜。<sup>(72)</sup>

事实上，上述论证隐含了对刑民规范目的优先性的考量。不可抗辩条款的规范目的应当与维护保险市场稳定所要求的最大诚信原则、公平保障市场参与主体的合法权益等相协调，而后者正是保险诈骗罪规范目的——维护国家的保险管理秩序、保障保险人的合法财产权益——的体现。当投保人的误述或隐瞒限于重大过失以下时，不可抗辩条款的规范目的具有优先性，属于保险法的规制范围；当投保人故意欺诈时，保险诈骗罪的规范目的具有优先性，属于刑法的规制范围。

由此，不可抗辩条款与保险诈骗罪的案件适用类型被界分，前者针对投保人过失误述或隐瞒的场合，后者限于投保人故意欺诈的场合；刑法和民法规制的案件事实不同，各自分立。投保人故意或过失虚构年龄均会使保险人享有解除权，但只有在过失的情形下，才适用不可抗辩条款；对于故意骗保的行为，解除权不受除斥期间的限制。<sup>(73)</sup> 虽然形式上，法律效果论的处理结论与违法论中的有罪说似乎并无不同，都认为帅英构成保险诈骗罪，但结论的妥当性以论证的严谨性为支撑。法律效果论通过剖析不可抗辩条款，正面消解刑民规范冲突，维护法秩序统一性，其较之违法论更具合理性。

当然，对于上述结论可能会有如下疑虑：在民法理论内部，围绕不可抗辩条款是否应排除故意欺诈仍不乏争议，怎能将一种争议观点作为处理刑民交叉实体问题的良方？然而，正是在刑民交叉的视野下，为避免法秩序内部出现难以容忍的矛盾，才需要采取刑民规范的体系性解释，这为民法上的排除故意欺诈说提供了有力的理论支撑。况且，在一定情况下允许刑法规范反向制约民法规范的适用范围，也是刑法和民法相互沟通的必然产物。对民法规范的解释并非既定不变，而应随着刑民交叉实体问题的处理进行有机调整。所以，法律效果论的适用不应导致上述疑虑，反而有助于刑法和民法理论协同推进。

(71) 参见孙宏涛 《我国〈保险法〉中不可抗辩条款完善之研究》，《政治与法律》2015年第7期，第91页。

(72) 参见樊启荣 《保险契约告知义务制度论》，中国政法大学出版社2004年版，第299页以下。

(73) 参见陈航 《年龄误保条款与保险诈骗罪认定问题研析》，《中国刑事法杂志》2006年第5期，第52页。

## 结 语

刑民交叉实体问题的处理应从违法论转向法律效果论，刑民交叉的本质并非违法性的交叉，而是法律效果的交叉。判断位置的后移虽然使刑民互通变得更为微弱，但这也说明刑民交叉带来的理论难题并没有学者想象得那么复杂。法秩序统一性具体表现为刑民法律效果可以共存，只有在法律效果绝对冲突的场合，才真正需要刑民规范之间相互沟通，对各自的规制范围予以目的性限缩，最终从交叉走向分立。刑民规范适用的宿命一定是刑法和民法各行其是，刑事犯罪和民事效力只需根据各自规范进行独立判断，故在结论层面，刑民相互独立，无需交叉。但是，对于具体路径的搭建以及刑民规范冲突的解消，刑民规范需不断对话、沟通、协调，故在过程层面，刑民相互影响，仍会交叉。

---

**Abstract:** The roots of the intersection of criminal law and civil law substantive problems are the questions of whether the application of norms of criminal law and those of civil law affects each other and to what extent they affect each other. The systematic orientation and applicative defects of the concept of civil offense, together with the loss of substance of the principle of unity of legal order at the illegality level, leads to the lack of rationality of “the illegality theory”. The real intersecting point of criminal law and civil law is not illegality, but the legal effect. This paper takes the evaluation object as the main line, and shifts the approach to the problems from “the illegality theory” to “the legal effect theory”. The risk of incompatible legal effect can emerge only when legal facts evaluated by criminal law and those evaluated by civil law are identical. In such cases, if the normative purposes of criminal law and civil law are consistent, that is to say, when the sanction or protection of the legal subject under criminal law and that under civil law are in the same direction, a comprehensive consideration of the legal effects of criminal law and civil law would be sufficient. Conversely, if the normative purposes of criminal law and those of civil law are clearly opposed to each other, that is to say, when the sanction or protection of the legal subject under criminal law and that under civil law are in opposite directions, the application of criminal law and that of civil law need to be separated at the level of facts of the case, so as to define different types of cases for the normative application of criminal law and civil law. Under this situation, the relationship between criminal law and civil law changes from intersection back to separation.

**Key Words:** intersection of criminal law and civil law, the illegality theory, the legal effect theory, unity of legal order

---