

引文格式: 宣頔, 徐瑞胜. 法秩序统一视野下刑民交叉案件问题研究: 基于390份裁判文书的实证分析 [J]. 常州大学学报(社会科学版), 2022, 23 (3): 23-38.

# 法秩序统一视野下刑民交叉案件问题研究

## ——基于390份裁判文书的实证分析

宣頔, 徐瑞胜

**摘要:** 刑民交叉于近年成为理论界与实务界的研究热点, 而该术语本身却仅停留于描述司法现象, 无法适用于司法实践, 在理论与实务上分别呈现研究问题各起一端和案件问题一体处理两种趋势。故与其执着于厘清概念, 不如通过类型化的方法总结并贯通问题。基于刑民交叉问题既有的程序与实体的两分法, 总结出两个面向背后的核心议题。然后, 分别对刑事与民事案件样本所反映的实务争点与裁判要旨加以提炼, 在“个案与个案”“规范与规范”两组分析框架下指出样本之间或样本自身的矛盾所在。继而引入法秩序统一原理, 总结认为刑民交叉案件应经过审理进程、另案裁判、责任承担的三步检视以满足司法实践诉讼与实体问题一体解决的要求, 最后尝试指出刑事与民事各自的体系化构造方向。

**关键词:** 刑民交叉; 法秩序统一; “先刑后民”

**作者简介:** 宣頔, 法学博士, 常州大学史良法学院副教授、硕士研究生导师, 上海交通大学凯原法学院博士后; 徐瑞胜, 常州大学史良法学院硕士研究生。

**基金项目:** 国家社会科学基金青年项目“系统性金融风险治理的公私合作法律机制研究”(17CFX032)。

**中图分类号:** D923; D924; D925 **文献标志码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2022.03.003

### 一、问题的提出

随着《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的颁行, 我国民法实现法典化, 而民事诉讼法自当与之协调对接。为顺应社会发展, 《中华人民共和国刑法修正案(十一)》成为我国刑法规范体系的又一补充, 同时刑事一体化之必要性不断凸显。而在民事与刑事法内部体系化程度日趋加深之际, 在部门法交叉研究中, 仅法学主流期刊2011—2021年至少有84篇的主题与“刑民/民刑”相关<sup>①</sup>。一为诉讼程序衔接与权利救济; 二为特定刑民事案由间的界分; 三为部门法间法律评价研究。

我国司法实践中的刑民交叉现象引起了多个领域学者的研究兴趣, 这也导致其外延横跨实体

<sup>①</sup>指2019—2020年CSSCI核心期刊法学类目录中的24家期刊, 相关论文收录达22家。

与程序法,具体内涵莫衷一是。学者多根据其文章所探讨之问题而对刑民交叉一词做出定义或描述该现象产生的原因。例如,在刑法上,其指的是刑事犯罪与民事不法存在竞合的案件<sup>[1]</sup>;在诉讼法学上,则为(造成财产权益损害的)刑事案件与(引致民事法律后果的)民事案件的交叉关联<sup>[2]</sup>。故有学者认为民法学与刑事诉讼法学对此研究局限于学科内部,未上升至全体法秩序<sup>[3]</sup>。此外,因该词外延模糊,亦有观点论证其非属法学概念。其诟病理由可总结为:刑民交叉一词较刑民关系无甚差别,不具特定机能与作用;该用语实际难以进入由其他精确概念所构之语境,学者与司法工作人员只是自说自话;试图区分存在包容关系的刑事犯罪与民事违法的研究只会致使问题更加复杂<sup>[4]</sup>。

刑民交叉研究在法学核心期刊中最早可见于2001年,源自当时实务中某一特定案件的责任认定及权利救济在刑民两类诉讼处理中产生分歧<sup>[5]</sup>。通常情况下刑民事案件相对独立、互不干涉,各自依据不同的诉讼法予以解决,但是现实生活中的某些案件所涉及的法律关系错综复杂,常常出现在民事和刑事上相互交叉或牵连、相互影响的案件<sup>[6]</sup>。随着社会的发展,越来越多的“刑民交叉”在诸多案件中出现(如图1)。因此,单纯反对将刑民交叉一词概念化在刑法学或有意义,但于司法实务指导无益,以其代指的诸多法律问题依然存在。

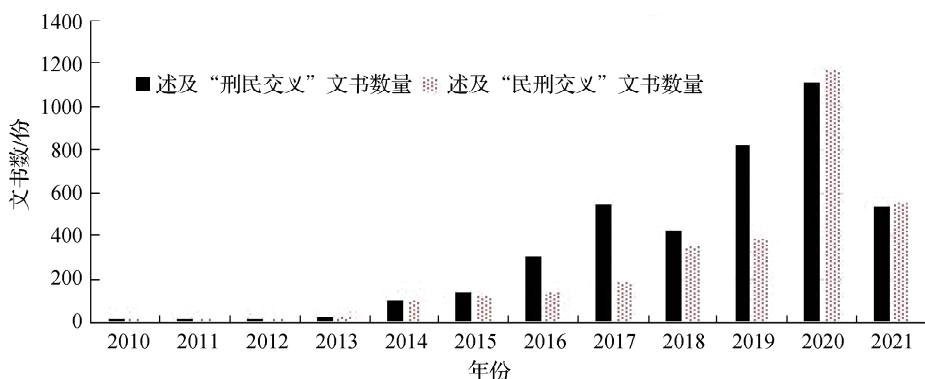


图1 中国裁判文书网2010—2021年述及刑民交叉文书数量统计图

为探寻实务中该词指向何处,笔者检索了裁判文书网中此类案件的关键词和案由,发现民事案件数量远高于刑事案件。关键词主要包括合同、经济犯罪、驳回、利息、民事责任等词,多数与财产法益相关;而案由分布则分别集中于合同与商事纠纷、破坏社会主义市场经济秩序罪与侵犯财产罪。除了作为特定案件相应法律规则改进的背景,刑民交叉一词并无法律适用的余地。质言之,司法裁判所称的刑民交叉案件其本身法律意义相当有限,冠以“刑民”的交叉、关联、关系等词与实务中的法律问题(争议焦点)之间仍有不少距离。

## 二、实体与程序:刑民交叉案件问题既有的两个面向

当抽象(一般)概念及其逻辑体系不足以把握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时,“类型”是大家首先会想到的辅助思考形式<sup>[7]337</sup>。目前学界对刑民交叉案件的分类,可归纳为实体性(疑难型)与程序性(包括竞合型和牵连型)两大类<sup>[8]</sup>。正如有学者总结的刑民交叉的两种语境:刑民交叉问题的解决与刑民交叉案件的处理,即分别从实体与程序角度点出了刑民交叉案件的问题域<sup>[9]</sup>。笔者认为,此种分类仍停留于学科之间,实质是宏观上“规范与规范”与微观上

“个案与个案”两组问题。为使刑民交叉概念于实务中发挥效用,应在统括其司法实务实体与程序共性问题的基础上,实现问题的贯通。

### (一) 实体面向:刑法规范与民法规范的评价冲突问题

#### 1. 历史上的法律责任概念

古代法因诸法合体、刑民不分,刑民交叉现象其实颇为常见。罗马法最初将所有不法侵害他人或社会利益的行为统称为“不法行为”。而其中侵权行为属于后世法学者所称的私法……整个来说,罗马法中刑法、民法尚混淆不分,故对不法行为人一方面适用刑罚,另一方面又使用经济制裁。侵权行为与犯罪行为并无实质区分<sup>[10]</sup>。侵权行为诉权目的之性质属于刑罚上的罚金,国家所诉追之刑事责任与私人所诉追之民事责任因产生竞合而只能行使其一,如已为刑事上之追诉,即不得再行使侵权行为之诉权……刑事与民事责任在形式上虽加区分,但此种划分与近代法上民刑责任划分全异其趣,盖斯时民事责任亦不过为刑罚之一种,只其由于私人诉追而稍有不同<sup>[11]116</sup>。

日耳曼古法中,债务(Schuld)与责任(Haftung)两概念对立。“债务仅属于法的当为(Rechtliches Sollen)而不含有法的强制(Rechtliches Müssen),责任需另依以发生责任为标的之契约或其他事由方能成立。”<sup>[11]9</sup>最初的债务概念属于刑种(赎罪金),随着法律进步,因犯罪而发生法律上所生之责任转入私法领域,当事人之间亦可因契约发生。即责任进入意思自治领域,而后财产责任自罗马法继受以来与债权对象(债务)融合为一。

民事责任与刑事责任的分立(民刑分立)是现行法制体制上的特色,二者虽均出于对不法行为的反应,具相同的伦理根源,但已演变为两个独立的制度<sup>[12]35-36</sup>。现代法侵权之债与合同之债目的在于损害赔偿、填补损失,已与刑罚无关,而民事与刑事责任承担应并行不悖。

#### 2. 现行法因部门细化出现评价冲突问题

大部分法规则都同时是国民的行为规范及法院或机关的判断(裁判)规范<sup>[7]132</sup>。因刑法与民法均有行为规范的侧面,立法上二者的调整性规则对许多行为均加以规范,当适用裁判规范确定同一行为的法律责任时就会对裁判者提出各种考验。在全体法秩序之下,由刑民交叉引出的“难办案件”屡见不鲜<sup>[13]</sup>。德国著名刑法学者Roxin认为,“刑法与民法在概念上的明确区别,是19世纪法学的重大成就。但在今日,我们认为此项严格区别是一个错误观念,刑法与民法的再接近实有必要”<sup>[12]36</sup>。而这或也是因为部门法存在不法行为评价不一致之危险。

个案法律评价包括事实认定与法律适用两个层面。我国刑事和民事两大诉讼法第二条规定之立法任务表述虽有不同,但均包括及时审理、查明事实、保护权益、制裁不法、正确适用法律等任务。如德国民法学者Medicus所言,如果一项行为既为法律所禁止,同时又成为合同约定的要求,那么这就会使法律制度变得自相矛盾,令人难以承受<sup>[14]</sup>。此外,有学者认为,法秩序的统一在于合法而非违法判断的一致,不同规范保护目的有其独立性<sup>[3]</sup>。因合法且无罪、违法尚不构成犯罪均无认识上的矛盾,刑民交叉案件实体面向即是避免刑事有罪与民事合法产生冲突,以及区分民事违法与刑事犯罪,确保刑民法律责任认定并行不悖。

### (二) 程序面向:现行刑事与民事诉讼之间协调规范的完备性问题

现代法上刑事与民事的区分不单是法律责任的分立,还是诉讼制度的分立。有学者认为,刑民交叉诉讼的核心问题为刑民交叉诉讼关系协调问题,涉及审理顺序、既判力、程序正当性等三个层次<sup>[15]</sup>。最高人民法院法官也将刑民交叉案件的基本问题概括为审理顺序和既判力两个方面<sup>[16]</sup>。实体问题的解决或可通过解释论完成全体法秩序下不同领域规范的调和,程序问题则必

须借助立法论,即修改现行规范以满足实践中新问题的需要。笔者在梳理刑民事领域的法律、立法和司法解释以及其他规范性文件之后,发现其应依刑民案件之定位,分为法院民事诉讼程序处理与刑案被害人权利救济两部分。

### 1. 法院民事诉讼程序处理

根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第八十九条,刑事诉讼中提起附带民事诉讼的时点为立案以后到一审判决宣告以前,刑事判决生效以后则可另行提起民事诉讼。因此,对于某一行为所引发的法律责任,刑事案件中必然以追究刑事责任为先。而在民事案件(尤其是在经济领域)中发现诉争纠纷涉及犯罪时,则需依照《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》(以下简称《民刑交叉规定》),根据不同情况解决程序及实体问题。

随着司法实践的发展,刑民交叉案件于民事案件的程序处理相关问题涌现出若干争点。2019年,《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第一百零五条专门针对票据清单交易、封包交易案件中的民刑交叉问题,并将民刑交叉案件的程序处理规定于第一百二十八条至第一百三十条。尽管《九民纪要》性质非属司法解释仅得用于说理,却切实影响法院办案之裁判规则,兹分述之。

第一,民事案件应当分别审理的责任主体及“先刑后民”的说理义务。《九民纪要》第一百二十八条第一款列出应当分别审理之五种情形,实际为刑案被告人以外的五类责任主体,其中之一为《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》)第八条所规定之情形,并在第二款对实践中部分法院对此类情形仅以涉嫌犯罪为由不予受理或驳回起诉之做法予以纠正。私以为涉嫌犯罪之论断不啻刑事案件实体审理,可喜于该理由已非“先刑后民”的充分条件,增加了民庭法官想要“先刑后民”的说理论证义务。

第二,涉众型经济犯罪的刑事案件先于民事案件。针对所涉人数众多、当事人分布地域广、标的额特别巨大、影响范围广,严重影响社会稳定的民事案件,《民间借贷规定》第五条、第六条已有规定。《九民纪要》第一百二十九条第一款将前者涉及的非法集资等犯罪抽象概括为涉众型经济犯罪,以侦查机关是否做出立案决定作为民事诉讼裁定中止审理或驳回起诉的标准;未及时立案的,必要时法院可以将案件报请党委政法委协调处理。尤须注意的是,除上述法院不予受理的情形外,不应以刑事手段干预民商事审判,搞地方保护而影响营商环境<sup>①</sup>。第二款亦特别强调如此“先刑后民”必须满足“涉众”之要求。

第三,先决刑事案件成为民事案件中中止审理的条件之一。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第一百五十五条第五项规定另案与本案的先决关系可作为民事案件裁定中止审理的理由之一(《九民纪要》第一百三十条完全明确刑事案件与民商事案件属于该种情形),填补了《民刑交叉规定》未规定中止审理条件的漏洞。

此外,根据2019年10月14日《最高人民法院关于修改〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的决定》第十一条第六项,已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实为免证事项,相反证据需达到足以推翻之程度,此即以既判力制度保持裁判在事实认定上的一致。

### 2. 刑案被害人权利救济

我国《民法典》第一百八十七条规定了刑事责任的承担不影响民事责任,且应优先保证财产

<sup>①</sup>最高人民法院(2018)最高法刑再6号等刑事判决书对营商环境的相关论述可谓该条的实践渊源。

可供承担民事责任,其实质是对刑事诉讼执行程序之要求<sup>[17]</sup>。即虽然民事权利一般从民事审判和执行中获得救济,但如果刑事判决确认了被害人损失,其诉权根据《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》(法释〔2013〕229号,以下简称《批复》)而遭排除,只得通过刑事判决判令追缴或者责令退赔完成救济。

2019年,《最高人民法院最高人民检察院公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》“九、关于涉案财物追缴处置问题”专门规定非法集资案件之退赔。《九民纪要》第一百二十九条综合非法集资相关文件,在前者基础上针对特定性质案件,强调受害人的民事权利保护应当通过刑事追赃、退赔的方式解决,完成了涉众型犯罪刑民案件的衔接。

一方面,刑事诉讼与民事诉讼在功能和理念上天然存在区别,同一行为对应的构成要件刑法重于民法、证据证明标准刑事高于民事,刑民交叉同一事实时自然默认刑案在先审理;另一方面,交叉又渐趋常态,民事诉讼不同事实时自有其独立性可选择分别审理而不必等待刑事案件。因此,刑民交叉案件问题的程序面向为现行程序规范是否足以协调好刑民案件先后或并行,刑民案件间裁判认定统一性与独立性规范是否完备。

### (三) 小结

法律规则可分为调整性与构成性两大类规则,调整性规则通过规范行为调整社会关系,依照刑民规范确定法律责任;构成性规则约束法院等国家机关司法案件的办理,以使刑民诉讼程序处理得当。刑民交叉案件问题指向法秩序内各类法律规则,只是呈现出实体“规范与规范”与程序“个案与个案”两个面向,现在的分类犹有不足、浮于表面,尚未触及问题的实质,即在刑事、民事两大领域法学体系之上,以何种规则将之协调?而如性质迥异的刑民事法律冲突问题可实现沟通,则其他公私部门法间的适用问题亦有了新的视角和方法。

实务中所称的刑民交叉,其类型化路径应沿着这两个面向探寻背后的一般性争点、争点对应之裁判规则是否存在漏洞、漏洞能否在类型化构造中予以填补。基于刑民案件之差异,应当关注各案件承办法官对另一领域的认知<sup>①</sup>。下文分别为当前我国刑民交叉刑事与民事案件实务要旨及分析。

## 三、刑事案件：未能平衡好刑法的独立性与从属性

刑事案件样本要旨分布如表1所示,大致集中于程序处理、事实认定、行为定性三方面,其本质则为刑庭法官在程序与实体两个面向中平衡刑法之于民法的独立性与从属性。其中,刑法的独立性主要表现为程序部分的刑事与民事诉讼的相互影响,刑法的从属性主要表现为实体部分的行为定性与民法的关系。二者各存在“先刑后民”过于绝对、出入罪评价标准混乱的问题,需分别加以分析。

### (一) 程序问题：“先刑后民”被奉为原则贯穿审理顺序与另案裁判

从刑庭法官“支持公诉机关主张的另有部分被害人欲通过民事诉讼解决被骗钱款的问题亦应

<sup>①</sup>截至2021年9月8日,在限定检索条件为“刑/民事案件”“刑/民事案由”后,笔者于裁判文书网以“民刑/刑民”“‘先民后刑’/‘先刑后民’”“民/刑事”为关键词检索文书理由部分,样本大于600份时取最高人民法院或高级人民法院经济财产相关领域判决书,经筛选得到与“刑民交叉”实质相关的裁判文书刑事87份,民事303份。因部分样本存在多个要旨,故后文要旨分布的总数大于样本数。

遵循“先刑后民”的法律适用原则”<sup>①</sup>之表述，可见涉众型集资犯罪刑事案件先于被害人民事途径救济已存在于刑事司法实践，《九民纪要》第一百二十九条于民事司法部分将之明确。而就“先刑后民”，整体上，刑事裁判文书认为“先刑后民”为法定的司法诉讼原则（下文民事文书多认为“先刑后民”只是一种处理方法），认为存在“先民后刑”的仅有一篇。非明确主张“先刑后民”的文书则认为刑案独立于在前启动乃至生效的民案<sup>②</sup>。结合表 1，足以表明刑民案件的审理顺序上，“先刑后民”确实被刑案法官奉为原则。而对于另案民事生效裁判，刑案法官依与本案关联程度存在如下三类观点。

表 1 刑事案件裁判要旨分布情况表

法院层级 (数量/个)	程序部分文书数量						实体部分文书数量	
	审理顺序			民事生效文书认定事实			民事纠纷等辩护与定性	
	先刑 后民	先民 后刑	刑民 并行	认可	不影响	不认可	非民事纠纷 不影响定性	该部分 不构成罪
最高人民法院（6）				2				5
高级人民法院（31）					1		15	12
中级人民法院（20）	6	1	2	1	2	3	6	1
基层人民法院（30）	7		2	1	6		7	4

注：另有附带民事诉讼 5（高级人民法院 3、基层人民法院 2）个、第三人财产退赔 2（基层人民法院）个。

1. 另案民事生效裁判所认定之事实不影响本案

第一，同一事实刑案应独立乃至终局认定。被告人的行为是否构成犯罪，应以案发当初的事实状态依法界定，而不能违背“先刑后民”的司法诉讼原则，以民事诉讼依据的法律事实反过来评判同一事实的刑事违法性<sup>③</sup>；且刑事追诉不受民事判决阻却，更何况刑事犯罪事实发生在前，民事判决在后<sup>④</sup>。

第二，同案事实刑案可与民案分别认定。因不同当事人寻求法律救济所采取途径不一，类似的案件事实完全可以分别定性。民事案件起诉时有相关证据且民案原告并未陈述刑案被告人涉嫌犯罪的事实，亦未向公安机关报案，故于民案形成民事法律关系，而非驳回起诉。反之，进入刑案如满足诈骗罪构成要件，即符合“先刑后民”<sup>⑤</sup>。

第三，刑事责任不因民事责任已经承担而免除追究。按照“先刑后民”的基本原则，被告人构成犯罪的应首先追究被告人的刑事责任，涉案金额应作为赃款予以追缴或责令退赔，不能因为出具借条或经过民事途径解决即免除被告人的刑事责任<sup>⑥</sup>。

第四，犯罪事实认定与民事文书认定事实并不冲突。相关的民事判决仅是解决了贷款合同的双方当事人合同中的违约责任，让行为人承担了民事责任，而在民事诉讼完毕后，又发现行为人涉嫌犯罪，仍需进行刑事追诉<sup>⑦</sup>。

①参见：辽宁省沈阳市中级人民法院（2016）辽 01 刑初 100 号刑事判决书。  
②仅有一篇基层法院刑事判决书认为“先刑后民”非法律上规定的程序原则，不存在是否程序违法的问题。参见：河南省新野县人民法院（2014）新刑初字第 167 号刑事判决书。  
③参见：甘肃省张掖市中级人民法院（2015）张中刑终字第 8 号刑事裁定书。  
④参见：安徽省铜陵市义安区人民法院（2016）皖 0706 刑初 65 号刑事判决书。  
⑤参见：山西省清徐县人民法院（2018）晋 0121 刑初 190 号刑事判决书。  
⑥参见：山东省威海市中级人民法院（2017）鲁 10 刑终 158 号刑事判决书。  
⑦参见：上海市浦东新区人民法院（2015）浦刑初字第 5475 号刑事判决书。

该类观点实质皆为刑案独立于民案,刑法独立于民法,仅程度稍有不同。

## 2. 民事生效裁判认定事实与处理结果予以认可

第一,案件事实本身清楚。在案件事实已为行政部门认定的情况下,民事审理中所依据的事实、证据并不需要额外通过刑事诉讼程序予以认定,即民事部分的审理不需要刑事部分审理结果为依据<sup>①</sup>。可见,有部分刑庭法官认为以另案审理结果为前提的原因是事实不够清楚,刑案并非必然优先于民案审理。

第二,必须以民事判决为刑事裁判的事实依据。例如,根据案发前另案生效民事判决的确认,被害人拒不执行该民事判决的行为属民法上的恶意占有,存在刑法上的被害人过错。刑案未对此做全面查证与认定,已影响到对当事人行为性质的评判<sup>②</sup>。而因民事判决书已判令被告人承担赔偿责任,刑案中不再对退赔做出处理<sup>③</sup>。

这一倾向表现出部分刑庭法官认为,已有民案裁判时应关注案件事实是否清楚,刑民交叉案件事实认定并不必须交由刑事诉讼来完成,刑事诉讼中对被害人的权利救济应尊重民事诉讼之结果。

## 3. 违反“先刑后民”的民事诉讼行为效力不能阻却刑事责任

第一,刑案一审期间,被害方就同一事实提起民事诉讼后双方达成调解协议并已履行,该民事诉讼行为违反“先刑后民”原则,可视为退赃情节<sup>④</sup>。

第二,虽然公诉机关指控的事实已被民事调解书确认,但本着“先刑后民”的原则,先对刑事部分进行处理,再根据刑事部分的不同处理结果对民事部分再做相应处理,不影响对被告人刑事的审理与裁判<sup>⑤</sup>。

就该倾向而言,不影响刑事责任追究的原因有民事诉讼不能解决刑责问题、民事诉讼不应违反“先刑后民”而免除刑责两大类。前者为一般先刑观念,后者则在前者的基础上引入了“先刑后民”原则并评价生效调解对应之民事诉讼行为。值得注意的是,对待经过法院民事判决或执行的非法集资犯罪涉案资金,不同法院观点对立:或认为仍属其犯罪金额的范围,依法不应予核减<sup>⑥</sup>;反之,则认为案发后被害人先行提起民事诉讼且法院已作出生效判决的部分,原则上不再作为刑事案件处理<sup>⑦</sup>。

## (二) 实体问题:刑事责任出入罪评价标准各行其是

实体部分,部分刑案法官就刑民分界与实质定性判断,但价值判断标准模糊。

### 1. 不应混淆经济纠纷与刑事诈骗犯罪这一论断过于概括

经济纠纷是平等主体之间因人身和财产权益发生的权利冲突,当事人可以自愿选择各类纠纷解决机制予以解决。而犯罪受害人一方难以通过单一的民事诉讼方式来实现其权益,必须请求国

<sup>①</sup>参见:福建省宁德市中级人民法院(2018)闽09刑终359号刑事裁定书。

<sup>②</sup>参见:最高人民法院(2016)最高法刑申363号刑事再审决定书。

<sup>③</sup>参见:广东省深圳市宝安区人民法院(2017)粤0306刑初7062号刑事判决书。

<sup>④</sup>参见:山西省忻州市中级人民法院(2016)晋09刑终333号刑事裁定书。

<sup>⑤</sup>参见:河北省承德市鹰手营子矿区人民法院(2017)冀0804刑初36号刑事判决书。

<sup>⑥</sup>参见:山西省柳林县人民法院(2018)晋1125刑初50号刑事判决书。

<sup>⑦</sup>其根据安徽省高级人民法院、安徽省检察院《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》(皖高法〔2015〕357号文)第六条刑民交叉的处理意见精神。参见:安徽省泾县人民法院(2016)皖1823刑初41号刑事判决书、安徽省安庆市大观区人民法院(2016)皖0803刑初41号刑事判决书。

家公权力动用刑事手段，其本身具有必须运用刑罚手段予以制裁之必要。将经济纠纷与刑事诈骗犯罪相混淆，动用刑事强制手段介入正常的民事活动，侵害了平等、自愿、公平、自治的市场交易秩序，进而对一个地区的营商环境造成较大损害<sup>①</sup>。

2. 刑法从属性与独立性反映在出入罪判断中尚未体系化

被告方对于行为性质之辩护多涉民法概念，而法官裁判说理亦需予以刑法上的回应。

第一，刑法从属性。例如，虽未经公司同意挪用资金用于非合同目的，但属资金周转方式，应承担民事违约责任，不属于刑法上虚构事实或隐瞒真相的行为<sup>②</sup>；再如，法院执行过程中被告人作为法定代表人，向法院出具承诺函，请求查封公司实际所有的股权作为执行担保的行为，不属于“挪用本单位资金归个人使用或者借贷他人”<sup>③</sup>。

第二，刑法独立性。例如，民事责任的承担是基于公司管理责任之必要，非其犯罪行为直接引起，也不是其主观故意直接指向的后果，故不能因为公司可能在民事法律关系中因表见代理承担相应责任，进而以最终民事法律后果为标尺认为其侵占对象是公司财产<sup>④</sup>；再如，被告人一房二卖，对后手根本无法履行，实属虚构合同标的骗取他人财物之合同诈骗罪的基本构造。实践中一般选择以民事纠纷的形式处理，并不代表该行为不构成犯罪<sup>⑤</sup>。

四、民事案件：诉讼与实体权利救济机制仍有待完善

由于民事案件直接检索刑民交叉关键词得到样本极多，故笔者主要选取最高人民法院与高级人民法院的民事案件裁判要旨进行分析，其中最高人民法院 105 个样本要旨归纳程序与实体部分见表 2 和表 3。民事案件首先要处理程序上的“先刑后民”问题，因其直接关系到当事人的诉权行使及其保障。其后则进入实体审理阶段，主要讨论涉及刑事案件时民事权利救济（民事责任承担）问题。

表 2 最高人民法院刑民交叉民事案件裁判要旨程序阶段分布情况

民刑关系	同一事实必须“先刑后民”					不同事实一般民刑分离继续审理					“先刑后民”举证责任			刑事生效裁判的影响	
表现	不予受理	驳回起诉	后续救济	中止审理	中止审理	受理正当	不必先刑	不必移送	不必调取案卷宗	民诉功能	原告	被告	法院	事实认定	判决结果
数量/个	1	11	3	1	8	1	7	7	3	8	1	20	1	9	2

表 3 最高人民法院刑民交叉民事案件裁判要旨实体阶段分布情况

审理内容	刑事领域规范				民事权利实现			
表现	强制性规定	财产刑执行	刑法第六十四条批复等退赔相关解释		合同有效	合同无效	双重救济	权利起算时点
数量/个	2	1	15		8	1	4	2

①参见：最高人民法院（2018）最高法刑再 6 号刑事判决书。以上表述与《九民纪要》第一百二十九条第二款维护营商环境部分内涵一致，并对刑民相关做出了有益界分。  
②参见：最高人民法院（2018）最高法刑再 5 号刑事判决书。  
③参见：最高人民法院（2011）刑提字第 1 号刑事判决书。  
④参见：湖北省宜都市人民法院（2018）鄂 0581 刑初 21 号刑事判决书。  
⑤参见：北京市朝阳区人民法院（2019）京 0105 刑初 204 号刑事裁定书。



### (一)《九民纪要》并未完全解决程序“先刑后民”问题

#### 1. “先刑后民”的标准不一且依据不足

刑民交叉案件并不必然导致“先刑后民”,而应根据实际情况对民事纠纷与刑事犯罪间的关联性和程度进行判断<sup>①</sup>。且其并不是审理民刑交叉案件的基本原则,只是一种在长期司法实践中形成的、具有严格适用前提的、处理刑民交叉案件的案件审理方式,在实践中具体运用但并不统一<sup>②</sup>。

在分别审理(即不“先刑后民”)的标准从《民刑交叉规定》第一条“不同法律事实”发展到《九民纪要》第一百二十八条“不同事实”之前,即有观点认为,“同一事实”并非指法律规范作出规定的要件事实,而应是自然意义上的事实本身。如果民事案件中涉及的事实,对刑事案件的审理、善后处置等有影响,也当属同一事实<sup>③</sup>。问题在于,虽然提出同一事实标准,但是否属于同一自然事实仍需通过民刑业务庭判断,实际操作与同一法律事实之标准并无本质区别。而其后说理以民案处理是否会实际影响刑案审理和善后处置为标准,结合具体案情的的事实、主体、财产来判断,更是要求民案法官做实质判断,无异于实体审理<sup>④</sup>。

民事诸样本所持程序处理“先刑后民”的直接依据均为前述《民刑交叉规定》等司法解释,除此外无狭义法律支持。公报案例“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”在说明“先刑后民”原则并非法定原则,无法律对此明确规定之后,则认为其实行须符合《民事诉讼法》第一百五十一条(2007年第一百三十六条)第五项规定,即本案必须以另一案的审理结果为依据,而另一案尚未审结。反之,则应刑民并行审理。故“先刑后民”并非审理民刑交叉案件的基本原则,只是一种处理方式<sup>⑤</sup>。正因如此,有的裁定书适用《民事诉讼法》第一百五十三条规定,就事实清楚部分先行判决<sup>⑥</sup>。且当刑事程序终结,“先刑后民”的前提便不复存在<sup>⑦</sup>。

故而,当事实清楚,或无证据显示涉嫌犯罪且案涉关键证据真伪可在民事诉讼程序中通过司法鉴定予以确认时,在查清事实的基础上,依法做出判决,不必等待刑事案件的审判结果,不会因之违反法定程序<sup>⑧</sup>。当事人选择“先刑后民”还是“先民后刑”亦是其权利,并不违反法定程序<sup>⑨</sup>。可见,最高人民法院认为不存在民事诉讼必须等待刑诉程序终结的规则。

#### 2. 裁定中止与驳回起诉、不予受理的适用情形模糊

既然采用“先刑后民”的依据包含于中止审理事由中,即民事诉讼中所依据的法规范为《民事诉讼法》第一百五十一条,为何法院可适用司法解释之规定裁定驳回起诉?有的最高人民法院裁定认为合同的效力、法律责任认定如果无须受刑事案件办理依据和审理结果的影响,一方当

①参见:黑龙江省高级人民法院(2017)黑民终383号民事判决书。

②参见:最高人民法院(2016)最高法民申736号民事裁定书、最高人民法院(2016)最高法民申1278号民事裁定书。

③参见:最高人民法院(2015)民申字第1778号民事裁定书。

④与之相类似的论述还有:是否“先刑后民”“先民后刑”还是刑、民并行,应从法律事实、法律关系、法律责任等方面进行分析。参见:福建省高级人民法院(2017)闽民终216号民事裁定书。

⑤关于该公报的在具体裁判中的说理,可见于福建省高级人民法院(2017)闽民终1133号民事判决书,贵州省高级人民法院(2016)黔民终629号民事判决书。

⑥参见:最高人民法院(2017)最高法民申1384号民事裁定书。

⑦参见:最高人民法院(2013)民申字第1592号民事裁定书。

⑧参见:最高人民法院(2019)最高法民申1722号民事裁定书、(2015)民申字第184号民事裁定书。

⑨参见:福建省漳州市中级人民法院(2017)闽06民终3047号民事判决书。

事人通过民诉方式维权,并不必然中止诉讼或驳回起诉<sup>①</sup>,于此二者并列,却需加以区分。

驳回起诉与不予受理的法律依据为《民事诉讼法》第一百一十九条起诉条件与第一百二十四条反向列举的不予受理情形<sup>②</sup>。刑民交叉本身并不意味着民事诉权就此丧失,以合同纠纷为代表的民事纠纷不可能交由刑事诉讼解决,故不必然存在不属于民事受案范围、不符合起诉条件的问题,至多因第一百五十五条而致诉权行使被迫受阻。就笔者得到的样本而言,仅一份高级人民法院文书明确提及第一百二十四条,认为“尽管民事案件与刑事案件相牵连,但人民法院仍应受理民事案件,以依法保护民事主体的民事诉权”<sup>③</sup>。此外也有中级人民法院文书认为,即便应等待刑事案件的处理结果,也应当依据第一百五十五条第五项而非第一百二十四条第三项<sup>④</sup>。

由于最高人民法院于公报案例认为“先刑后民”之法规范在《民事诉讼法》第一百五十五条,因此其所制定的《民刑交叉规定》、《民间借贷规定》、《非法集资法律意见》乃至《九民纪要》与“裁定驳回起诉和不予受理”相关规定在狭义意义上法律的依据便不够充分,而遍观民诉法规范,同一事实层面的刑民交叉亦未能明确落于第一百二十四条对应情形。如此则需要在受理时做实质意义上的性质判断,赋予立案与审判庭法官的自由裁量权不可谓不大。中止审理与驳回起诉(不予受理)截然不同,后者评价其不属受案范围不能起诉,全无诉权可言。因关系到私权主体权利救济途径,故至少应在后续法院规范性文件中予以明确。

### 3. “先刑后民”事实当事人是否负有举证责任态度不一

虽然就民事纠纷本身而言,“先刑后民”与否则似乎不足以作为一个争议焦点。然而,如表2所示,其确实存在于实践中,多为被告方为了拖延诉讼进程而主张。问题在于:有的法院认为主张“先刑后民”一方当事人应负公安机关立案之举证责任<sup>⑤</sup>;有的却是由法院认定刑案罪名事实与民案联系,以当事人举证为补充<sup>⑥</sup>。即使提供立案决定书,该证据也仅限于证明案件与刑事案件存在牵连,无法证明属于“同一事实”<sup>⑦</sup>。且当确实需“先刑后民”时,亦有认为当事人对生效刑事判决中所认定之事实不应负举证责任者<sup>⑧</sup>。

当事人行使诉权是为救济其实体权利,但诉权既然需诉诸司法权的判断权衡,其本身势必被纳入行使司法判断权的法官的综合考量,由法官通过裁判完成程序协调。因此,“先刑后民”是否作为庭审争议焦点影响不大,盖法院可基于其裁量权忖度案件事实查明情况,而决定是否裁定中止审理或驳回起诉乃至发回重审<sup>⑨</sup>。笔者建议将之固定为庭前会议的必要审查环节,以节约司

①参见:最高人民法院(2016)最高法民申3534号民事裁定书。

②参见:河南省高级人民法院(2019)豫民申109号民事裁定书。

③参见:辽宁省高级人民法院(2020)辽民终444号民事裁定书。

④参见:山东省烟台市中级人民法院(2018)鲁06民终4985号民事裁定书。

⑤参见:最高人民法院(2019)最高法民申3345号民事裁定书、最高人民法院(2016)最高法民申3277号民事裁定书。

⑥参见:最高人民法院(2019)最高法民申3121号民事裁定书、最高人民法院(2019)最高法民申2030号民事裁定书。

⑦参见:最高人民法院(2017)最高法民申1384号民事裁定书。

⑧参见:最高人民法院(2017)最高法民终331号民事裁定书,其作为二审法院认为一审判决未认定生效刑事判决与民事纠纷属同一事实,未裁定驳回起诉做法错误。

⑨在涉及现有刑事案件事实时不再按照民事案件举证责任分配认定事实,而是要查清事实,指令再审。原因是合同不宜直接认定为有效,须查明才能正确认定当事人是否存在过错责任。参见:湖南省高级人民法院(2019)湘民申2810号民事裁定书。

法资源。

#### 4. 担保责任等连带责任的实现不应受刑事诉讼所阻断

《九民纪要》第一百二十八条列举了承担连带责任者被诉可以受理的五类情形。如担保责任即体现为“借款人涉嫌犯罪或者生效判决认定其有罪,出借人起诉请求担保人承担民事责任的案件,属于刑事和民事法律关系部分重合、刑事和民事责任主体部分重合的民刑交叉案件,以刑民独立、并行为主作为审理的基本原则较妥”<sup>①</sup>。担保制度的设立就是为了在债务人不履行或不适当履行合同时,债权人可从担保人处获得履行或补救,如果借款人被认定犯罪,出借人不能通过民事诉讼追究担保责任的话,担保就失去了意义<sup>②</sup>。也就是说,刑民交叉问题采用“先刑后民”的方式处理,但并不意味着原告因此丧失对其他未涉嫌犯罪被申请人主张担保等相关权利的权利。若刑事案件处理完毕,仍有债权未得清偿,可依据相应法律再向担保人等主张权利<sup>③</sup>。然则,此处案件以“先刑后民”方式处理,对担保人的追偿受限于刑案进程,存在“针对担保人的民事诉讼是否还能作为独立救济途径”的疑问。如认为该疑问已因《九民纪要》第一百二十八条明确责任主体可以起诉而消除,则另一要旨“民事诉讼在生效刑事判决退赔金额外有争议的部分因其涉嫌非法集资犯罪,应作为线索材料移送公安机关,待刑诉程序完毕可就此依法另行主张权利”。隐含要求当事人在刑案中应提供充分事实线索,否则其当承担民案再次返刑、权利救济迟延的后果。

此外,亦出现“借款人与担保人为同一人时,应裁定驳回基于担保的起诉”之表述<sup>④</sup>。该案本应根据生效刑事裁判的处理来驳回基于抵押的起诉。既然有了生效刑事判决,在针对基于抵押的起诉时不应机械使用《民刑交叉规定》第八条,而应结合前述退赔情况追究相应担保责任为宜。如此一则认定退赔完毕无须通过抵押清偿而驳回起诉,或者认定退赔因有新的线索而驳回起诉。绝不能简单以借款人与担保人同一为由,在生效刑事裁判已经作出后再剥夺债权人之诉权。

至于生效刑事裁判的既判力问题,于样本中并无明显分歧,仅是从不同角度确认生效刑事裁判在民法上的法律效果,存在如下三种类型:第一种,刑事判决不影响民事责任承担。例如,认为刑事判决是依据刑事法对被告人犯骗取贷款罪做出的处理,并非对当事人应当承担的民事责任而作判决,民事问题应经过实体审理后才能确定<sup>⑤</sup>。第二种,刑事判决判项明确当事人享有民事权利。例如,另案刑事判决继续追缴犯罪所得发还单位,单位由此对行为人享有金钱债权<sup>⑥</sup>。第三种,刑案财产执行完毕后不再赔偿。既然生效刑事裁判已判决追缴财产发还受害人,若就同一笔款项再作民事判决,其将承担双重赔偿责任<sup>⑦</sup>。

### (二) 刑事规范的解释及其对合同效力的影响无体系支撑

#### 1. 刑事领域规范条文的解释问题

以《批复》为代表的涉及刑事案件被害人权利救济的刑事规范,本无须由民庭法官适用,但

①参见:新疆维吾尔自治区高级人民法院(2016)新民申2292号民事裁定书。

②参见:最高人民法院(2018)最高法民再372号民事裁定书。

③参见:最高人民法院(2018)最高法民申2107号民事裁定书。

④参见:最高人民法院(2019)最高法民申3261号民事裁定书。

⑤参见:最高人民法院(2018)最高法民终817号民事裁定书。

⑥参见:最高人民法院(2015)民申字第9号民事裁定书。

⑦参见:江西省高级人民法院(2019)赣民终568号民事裁定书。

事涉双重救济的可能,条文必须经过解释,因此产生对能否适用该条文的具体情形的解读,如承担民事赔偿责任并不属于财产退赔<sup>①</sup>。此外,有的民庭法官通过对当事人阐明刑法规范设置罪名的目的以论证合同并不与之相抵触,或者说明刑法与私法在法益保护上形成协力。此处仅需对其他领域的法律文本进行解释,尚不触及案件本身(以合同为代表的民事行为有效性)的解决。

## 2. 合同效力的评价问题

虽然,触犯刑法规定的行为当属法律之效力性强制性规定,但合同效力判断既委诸民庭法官,则其对合同的评价有其独立性,对刑事裁判及规范并非一味全盘接受。例如,“虽然共同借款人之一所实施的包括案涉借款在内的诸多借款行为被刑事判决认定为集资诈骗犯罪,但并不当然导致案涉借款合同无效。在债权人未以受到欺诈为由主张行使撤销权的情况下,借款合同仍然有效”<sup>②</sup>。并且,不必然无效也能防止被告以构成犯罪为由恶意进行无效抗辩。

# 五、法秩序统一视野下刑民交叉案件的体系构造

## (一) 法秩序统一原理与刑民交叉案件

### 1. 法秩序统一视野下的刑民交叉案件

1935年,德国刑法学者 Engisch 提出法律秩序的统一<sup>[18]</sup>。其认为法律秩序统一性原则的一个方面是要求消除法律秩序内部的矛盾,包括制定法技术、规范、价值、目的论和原则矛盾,其中制定法技术、价值和原则矛盾是固有或不可避免的,而目的论矛盾较为罕见亦可回归到具体规范矛盾<sup>[19]</sup>。刑法与民法间的法益保护关系,刑事与民事诉讼对正义与效率的不同追求即属于价值和原则上的矛盾。即使法官对于每个案件应予个别裁判,其判断仍不能自外于全体法秩序,因其在适用某个法律条文的同时也处在整体法秩序之下<sup>[20]</sup>。

刑民交叉命题实际为刑民先后顺序、独立性与从属性的辨析,横跨实体与程序法,可上升至如何体察另一法部门对本部门的影响问题,涉及一国整体法秩序的协调。适逢民事与刑事大领域法内部一体化程度日益加深,以刑民交叉切入国家治理体系与治理能力现代化应具有的法秩序统一,正当其时<sup>[21]</sup>。法秩序统一视野下的刑民交叉应当统合各类法规范,经受实体与程序法规则的检视。

### 2. 法秩序统一原理要求刑民交叉案件经过三步检视

第一步,为顾及案件审理事实认定最大限度一致、法律评价的无矛盾性,必先考虑程序上刑民案件间的审理顺序。而审理顺序上刑民民事诉讼程序孰先孰后之问题,实际考虑的是裁定中止审理或驳回起诉/不予受理。即无论“先刑后民”“先民后刑”还是继续审理,均由个案中的法官基于其裁量权限判断,而非遵循某种专门原则。如此,则可跳脱出两种诉讼的先后之分问题,转向实际处理案件的客观标准。如认为等待另案审理结果确有必要,无论刑事还是民事诉讼均可裁定中止,等待另案作出裁判。反之,如无必要,均可径自审理并作出判决。

第二步,另案生效裁判涉及对同一事实以及相关牵连事实的认定,应基于现实情况判断其对本案之效力。此外,还应当明确(集中于财产领域的)刑民交叉案件涉及的并非同一种类或性质的法律责任,故不受一事不再理限制。财产犯罪具有违反民法和刑法的双重性质,即对同一事实

①参见:最高人民法院(2018)最高法民再293号民事裁定书。

②参见:最高人民法院(2018)最高法民申5326号民事裁定书。

不能作二次民事或刑事判决,并不意味着刑事或民事判决只能择一作出<sup>①</sup>。

第三步,因法院受理案件终究需要就法律责任之有无及程度作出裁判,故最后分析诉争行为性质明确其民刑法律责任。民法核心在于调整合同行为,关注民事合同行为是否属于双方当事人真实意思表示,审查合同本身即标的、内容、形式等。民刑二者评价审查的对象和关注点均不相同,在法益和权利保护方面不能互相替代<sup>②</sup>。

综上,前述刑事与民事刑民交叉案件裁判要旨可归结为审理进程、另案裁判与责任承担三个层面。如此,无须纠结于刑民交叉概念本身,径自依序适用对应法律规则 and 理论,结合案情说理。而如欲在理论上一体解决实务问题,就必须完成刑民案件各自的体系化。

## (二) 刑事与民事刑民交叉案件处理规则的体系构造

### 1. 刑事案件

首先,刑事司法谦抑性应彰显于最初的立案阶段。刑事公诉案件诉讼程序主要由公安机关立案启动,而《九民纪要》第一百二十九条第二款所谓不应以刑事手段干预民商事审判仅为法院系统之主张,并不能直接约束公安机关,且其性质只是民事审判工作的指引。虽实务与理论均认识到正确区分经济纠纷和刑事犯罪:在二者明晰时“先刑后民”,直接进入刑事诉讼程序。在难以区分案件性质时“先民后刑”,民事诉讼优先,即在民事诉讼中发现是否构成犯罪,而非由公安机关刑事立案管辖<sup>[1]</sup>。只是明晰与否本身仍待解释,在前置法与刑法违法性判断一元论与相对论之论争尚未形成通说之时,把握刑事立案问题当恪守刑法应当为民法提供最后救济手段(刑法谦抑性)之原则<sup>③</sup>。故对于市场经济中的正常民商事纠纷,如果通过民事诉讼方式可以获得司法救济,就应当让当事人双方通过民事诉讼中平等的举证、质证、辩论来实现权利、平衡利益,而不应动用刑罚这一最后救济手段<sup>[13]</sup>。

其次,刑庭法官可能存在的“先刑观念”刑事实体法思维模式必须破除<sup>[22]</sup>。具体视民事诉讼结果与刑事诉讼的关联程度分别处理,无外乎刑事程序在先启动、民事程序在先启动以及二者同时启动三种情况。大体而言,根据不同原因进行处理,刑民程序不生冲突。一是独立审理,因与民事程序并无牵连而不影响定罪。例如,涉破产案件尚在审理中不影响对非法吸收公众存款罪事实和定性的认定<sup>④</sup>。二是“先刑后民”,民事诉讼发现犯罪线索即应进入刑事诉讼程序。例如,以被告人名义签订的合同经判决进入执行程序终结之前,发现犯罪线索向公安机关移送,并不违反“先刑后民”的原则,民事判决是否错误应在其他程序中进行评判<sup>⑤</sup>。三是“先民后刑”,刑民交叉案件引发的刑事诉讼需要以民事诉讼的结果为前提。即以刑、民诉讼发生的时间顺序,以及是否存在依存关系,来确定受理和审理。

再次,民事生效裁判在刑案中可作为书证,交由刑庭判断并说明采纳与否的理由。对于特殊类型案件,刑事法庭应将民事诉讼判定的事实作为预决事实,判断民事诉讼判定的同一事实,应慎用“穿透原则”否定其合法性及有效性,即使否定亦应采用适当方式<sup>[5]</sup>。司法机关对生效民事

①参见:江苏省张家港市人民法院(2016)苏0582刑初39号刑事判决书。广东省深圳市宝安区人民法院(2017)粤0306刑初7062号刑事判决书、宁夏回族自治区石嘴山市中级人民法院(2014)石刑终字第38号刑事裁定书与之观点一致。

②参见:最高人民法院(2017)最高法民再409号民事判决书。

③参见:内蒙古自治区通辽市中级人民法院(2016)内05刑终159号刑事裁定书。

④参见:内蒙古自治区通辽市中级人民法院(2016)内05刑终159号刑事裁定书。

⑤参见:河北省滦州市人民法院(2018)冀0223刑初112号刑事判决书。

裁判文书与刑案审理之关系的理解存在较大差别,标准未为统一,其症结便在于坚持所谓“先刑后民原则”,应进行(自然)事实清楚程度导向之说理,此既认同刑民诉讼职能分工又维护了法院案件事实认定必要的稳定性与一致性。至于举证规则的差异所导致事实认定的必然偏差,应要求其达到最大限度事实认定统一即可,通过说理阐明并未冲突,而不必苛求定性上的全然一致。故应当根据不同情形分别认定民案裁判:一是另案民事生效裁判所认定之事实是否影响本案。二是民事生效裁判认定事实与处理结果在刑诉中的效果。案件事实本身清楚,或者民案已处理部分事实不再作为刑事案件处理,又或者必须以民事判决为刑事裁判的事实依据。三是民事生效裁判已做出处理不等于刑事责任的免除。即不因民事责任的承担而免除刑事责任。

最后,民法是形式思维,强调法律关系,但刑法性质则为实质判断<sup>[4]</sup>。刑民交叉案件实务中出入罪问题反映在理论上呈现两个方向:出罪上,法秩序统一原理对于刑法与其前置法的关系而言,其含义只能是在前置法中合法的行为,在刑法中不可能为犯罪,包括立法规定和司法认定<sup>[23]</sup>;入罪上,刑法对民法具有从属性,那么在刑法教义学中以民法债权为代表的财产性利益是否属于财产犯罪保护的法益便需要进一步探讨<sup>①</sup>。基于法域协调视角下规范保护目的重构等理论,即是允许刑法以其独立性作为例外排除相对于前置法之从属性的适用,可以将民法上合法行为入罪<sup>[24]</sup>;而基于规范责任等理论,则可判断该当构成要件的违法行为是否具有有责性,最终实现罪责减轻或出罪<sup>[25]</sup>。即辨析民法和刑法概念后回应构罪与否,同时结合行为实质目的判断能否出罪。当前二者分别为刑民交叉案件的出入罪问题提供理论指引,需要刑法学者进一步加以整合。

## 2. 民事案件

第一,民事案件承办法官中不能只要出现“民”与“刑”的相遇,就涌现出“先刑后民”的观念<sup>②</sup>。法院基于法秩序统一原理主要采“先刑后民”无可厚非。然而,事实认定需保持一致绝不能以牺牲权利救济途径为代价。尽管此种牺牲造成的不是权利消灭而是被迫迟延。即刑事诉讼在查明事实方面比起民事诉讼具有天然的优越性,但其应当成为后者的帮助而不是妨碍<sup>③</sup>。

审判原理上各法院在诉讼中对事实的认定,对其他法院没有法律上的约束力,仅具有事实上的影响力,可以按实践中先决关系的类型(事实影响型与法律关系影响型)确定相应处理方法,将先决关系“非绝对化”,作为裁量而非法定事由<sup>[26]</sup>。最高人民法院“产生生效刑事判决后,再以同一事实为由裁定驳回起诉”之裁量<sup>④</sup>,意味着“先刑后民”是基于事实认定而存在先决关系,暗含一事刑案处理后民案便无从置喙当事人权利是否救济完毕,变相剥夺了民事诉权。故应以《九民纪要》第一百二十八条至第一百三十条各类情形为指导,通过规范性文件进一步明确分别审理、不予受理、驳回起诉和中止审理对应情形,特别要引导法官充分说理,论证民事诉权迟延之正当性。

第二,刑案生效裁判同时涉及免证事实是否绝对与行为定性既判力两个问题。生效裁判的事实认定对后诉的影响非常有争议<sup>[27]</sup>。有学者则认为判决已决事实效力为事实证明效而非预决效<sup>[28]</sup>。其实,民案中刑事生效裁判事实认定确具特别效力,但并非绝对的免证事项,证据性质

①例如,“本案被告人的行为侵害的是财产性权益,而诈骗罪的犯罪对象是公私财物,将财产性利益作为诈骗罪的犯罪对象暂无明确的法律依据”。参见:内蒙古自治区通辽市中级人民法院(2016)内05刑终159号刑事裁定书。

②参见:甘肃省兰州市西固区人民法院(2020)甘0104民初46号民事判决书,其虽被撤销,但与该说理无关,该说理或可代表基层法院民庭法官对刑民交叉案件的观念开始转变。

③参见:最高人民法院(2018)最高法民终455号民事裁定书。

④参见:最高人民法院(2017)最高法民终331号民事裁定书。

仍为书证,诉讼环境变化后要受制于“必要事实原则”与“确定事实原则”<sup>[5]</sup>。法官在认定刑案裁判对民案审理所产生之效果为何时,可以参照本文罗列的几种情形加以判断。

第三,刑案的审理重点是罪与非罪,而民案要解决的则为相关当事人之间的法律关系性质、行为效力及民事责任承担。在审理刑民交叉的民事案件时应当充分注意到上述差别并在此基础上准确适用法律<sup>①</sup>。民事合同构成犯罪后是否无效,存在两种观点。一是为保持法秩序的一致性,应当认定构成刑事犯罪的合同无效。二是违法性程度考察仅是法益衡量的因素之一并非全部,还要兼顾考察交易安全保护等其他因素,最高人民法院民事审判第二庭采后者持违法判断相对论<sup>[29]</sup>。民事法律关系与刑事犯罪出发角度各有不同,发端于不法行为概念的法律责任,在现代法制中分别通过刑事诉讼(国家独占刑罚权)与民事诉讼(损害赔偿)实现<sup>[11]117</sup>。民事合同之效力认定不会仅因涉嫌犯罪而无效,此是违法判断相对性观点在民法中的呈现,亦是《九民纪要》第一百二十八条对民案法官裁定不予受理/驳回起诉说理的要求。

## 六、结语

诚然,司法案件均为个案裁判,正义亦在个案中得以贯彻,但个案裁判所适用之规则应当通过体系化逐渐清晰。法学研究者应有融合法学内部各学科知识的基本观念,并尽量付诸法学实践<sup>[30]</sup>。依循法秩序统一原理,同时分析刑事与民事案件裁判要旨初步尝试类型化,本质是为了促进法秩序下各领域法的统一与协同。我国法官可能随人事变动而承办不同业务庭的案件,参与审委会讨论更是涉及各个业务庭的难办案件,检察官、律师等执业亦可能如此。建立办理刑民交叉案件的一般思维,掌握刑民交叉案件体系构建后的具体争点不无裨益。

### 参考文献:

- [1] 陈兴良. 刑民交叉案件的刑法适用 [J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2019, 37(2): 161-169.
- [2] 龙宗智. 刑民交叉案件中的事实认定与证据使用 [J]. 法学研究, 2018, 40(6): 3-20.
- [3] 简爱. 从刑民实体判断看交叉案件的诉讼处理机制 [J]. 法学家, 2020(1): 116-129.
- [4] 张明楷. 刑法学中的概念使用与创制 [J]. 法商研究, 2021, 38(1): 3-22.
- [5] 赵晔. 刑民交叉的存单纠纷案件之定性 with 审理 [J]. 法制与社会发展, 2001(1): 85-95.
- [6] 江伟, 范跃如. 刑民交叉案件处理机制研究 [J]. 法商研究, 2005(4): 31-36.
- [7] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论 [M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [8] 李晓明, 张鑫. 刑民交叉案件分类及其对未来研究的影响 [J]. 河北法学, 2016, 34(2): 10-17.
- [9] 夏伟. 在程序与实体之间: 财产犯罪中的刑民交叉问题研究 [D]. 南京: 东南大学, 2019.
- [10] 江平, 米健. 罗马法基础 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 368-369.
- [11] 郑玉波. 民法债编总论 [M]. 修订2版. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [12] 王泽鉴. 损害赔偿 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [13] 周光权. “刑民交叉”案件的判断逻辑 [J]. 中国刑事法杂志, 2020(3): 3-20.
- [14] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论 [M]. 邵建东, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 484.
- [15] 赵龙. 民刑交叉诉讼中正当程序原则适用的规范性考察 [J]. 华东政法大学学报, 2021, 24(3): 144-159.
- [16] 于同志. 重构刑民交叉案件的办理机制 [J]. 法律适用, 2019(16): 3-6.
- [17] 刘东. 涉财产刑执行中民事债权优先受偿的困境与出路 [J]. 华东政法大学学报, 2021, 24(5): 138-148.

①参见: 黑龙江省高级人民法院(2015)黑高商终字第138号民事判决书。

- [18] 简爱. 从“分野”到“融合”: 刑事违法判断的相对独立性 [J]. 中外法学, 2019, 31 (2): 433-454.
- [19] 卡尔·恩吉施. 法律思维导论 [M]. 郑永流, 译. 北京: 法律出版社, 2004: 197-211.
- [20] 王容溥. 法秩序一致性与可罚的违法性 [J]. 东吴法律学报, 2009, 20 (2): 71-96.
- [21] 刘艳红. 民刑共治: 国家治理体系与治理能力现代化路径 [J]. 法学论坛, 2021, 36 (5): 40-49.
- [22] 杨兴培. 刑民交叉案件中“先刑观念”的反思与批评 [J]. 法治研究, 2014 (9): 64-74.
- [23] 陈兴良. 民法对刑法的影响与刑法对民法的回应 [J]. 法商研究, 2021, 38 (2): 26-43.
- [24] 于改之. 法域协调视角下规范保护目的理论之重构 [J]. 中国法学, 2021 (2): 207-227.
- [25] 刘艳红. 实质出罪论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2020: 328.
- [26] 张卫平. 民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理 [J]. 法学研究, 2018, 40 (3): 102-117.
- [27] 张卫平. “民事证据裁判原则”辨识 [J]. 比较法研究, 2021 (2): 107-121.
- [28] 杨秀清. 刑事判决已决事实对民事诉讼的证明效: 理论与规则 [J]. 行政法学研究, 2021 (1): 77-91.
- [29] 最高人民法院民事审判第二庭.《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2019: 251.
- [30] 王利明, 常鹏翱. 从学科分立到知识融合: 我国法学学科 30 年之回顾与展望 [J]. 法学, 2008 (12): 58-67.

## On the Problem of Criminal-Civil Overlapping Cases from the Perspective of Unity of Legal Order: An Empirical Analysis Based on 390 Judgement Documents

Xuan Di, Xu Ruisheng

**Abstract:** In recent years, criminal-civil overlapping has become a hot research topic in both theoretical and practical fields, but the term itself is only used to describe judicial phenomena instead of being applied to judicial practice. In theory and practice, there are two tendencies of separation of problem research and combination of case handling. Hence it is better to summarize and penetrate the problem by classification rather than be obsessed with clarifying the concept. Based on the existing dichotomy of procedure and entity of criminal—civil overlapping, the core issues behind the two aspects are summarized. Then through the extraction of the practical contention and judgment gist reflected by the samples of criminal and civil cases respectively, under two frameworks of “case and case” and “norm and norm”, the contradictions between samples or of sample itself are pointed out. Accordingly, the principle of unity of legal order are introduced and it is concluded that in order to meet the requirement of solving litigation and substantive problems together in judicial practice, criminal—civil overlapping cases should be examined in three steps: the process of trial, the judgment of a separate case and the assumption of responsibility. Finally, the respective systematization directions of criminal and civil cases are pointed out.

**Keywords:** criminal-civil overlapping; unity of legal order; “criminal trial before civil trial”

(收稿日期: 2022-02-16; 责任编辑: 晏小敏)