

# 刑民行交叉领域“法秩序统一性”法治话语阐释及其运用

张 勇

**摘 要:** 法秩序统一性是现代国家法治话语体系中的重要概念,是刑民行交叉领域法律适用的基本原则。对于刑民交叉案件,应当从实体法和程序法的双重视角予以考察,“同一事实”是刑民交叉类案的判断标准。处理刑民交叉案件须把握罪刑法定原则、主观与客观相统一原则、形式和实质判断相结合原则。根据实际情况,可以采取“先刑后民”方式,但“民刑并行”甚至“先民后刑”并非不可行。基于法秩序统一性原则,在刑行交叉案件认定中,须正确认识刑法的从属性及行政犯的行政从属性,对刑事违法性进行实质化、规范化的独立判断。对于已受到行政处罚的行为,不能直接将行政处罚裁决作为后续认定犯罪的刑事诉讼证据;对于已受到行政处罚的行为人后续多次实施同类违法行为的,先前的行政处罚可以纳入刑事评价予以定量量刑,但须秉持刑罚谦抑性原则,优先适用行政处罚措施,促进刑事处罚与行政处罚的衔接协调。

**关键词:** 法治话语;法秩序统一性;刑民交叉;刑行衔接

**中图分类号:** D924 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2025)05-0057-09

党的二十届三中全会强调,“法治是中国式现代化的重要保障”,为新时代在法治轨道上深化改革,推进中国式现代化指明了方向。法治话语是法治体系内部各个要素之间协调一致、衔接贯融的话语系统。“法秩序统一性”作为一种法治话语,是现代国家法治话语体系中的重要概念,是推进法治中国建设的学术话语表达,能够为中国式法治现代化建设提供认识论和方法论指导。

一般意义上,法秩序是指由一国法律所确立并维护的有条不紊、和谐相融的社会状态和行为规则。从应然角度,一国法律体系内外部应当是协调一致的,从整体上形成稳定有序的法秩序,即“法秩序统一性”。然而,随着社会生活的复杂化,不同的法律对某种法益进行叠床架屋式的保护,行为人实施侵害这种法益的行为,既要承担刑事责任,又要承担民事责任或行政责任,因而产生刑民行交叉案件的司法适用疑难问题。“刑民行交叉”主要包括“刑民交

叉”和“刑行交叉”两种情况,是指刑事与民事、行政法律关系存在竞合、牵连、关联、包容等多种关系,具备这种性质的案件可谓刑民行交叉案件。我国最高人民法院制定颁布了《最高人民法院统一法律适用工作实施办法》(法〔2021〕289号)等司法解释和规范性文件,以制度化方式推行“统一法律适用”的要求<sup>[1]</sup>,但在刑民行交叉案件认定和处理中,仍存在实体和程序不同层面的衔接协调问题,需要实际运用法秩序统一性的理念和原则寻求解决方案。本文对此略作探讨。

## 一、“法秩序统一性”法治话语的内涵阐释

### (一)“法秩序统一性”法治话语内涵界定

德国学者卡尔·恩吉施较早地对法秩序统一性的原理予以阐释。他认为,不同法律规范对同一行

收稿日期:2025-02-03

基金项目:国家社会科学基金一般项目“数据安全刑事治理现代化转型机制研究”(23BFX116)。

作者简介:张勇,男,华东政法大学刑事法学院教授、博士生导师(上海 200042)。

为同时要求禁止和命令,将导致人们的生活无所适从;只有将法秩序统一视为前提,法律体系才不会发生混乱<sup>[2]</sup>。奥地利学者凯尔森认为,法律秩序是一个规范体系,所有法律规范都在宪法之下,下位规范不得与上位规范冲突,形成不同层级的法律秩序<sup>[3]</sup>。日本学者曾根威彦指出,法秩序统一是指在以宪法为根本大法的统领下,民法、行政法、刑法等部门法各司其职,互相不产生矛盾,并最终成为整体的统一法秩序<sup>[4]</sup>。据此,法秩序统一性即在宪法的统筹之下,民法、行政法、刑法等各个部门法规范之间及其运行过程中不存在内在矛盾,各部门法相互分工、协调配合,处于相对稳定的有序运行状态。将法秩序统一性这一法学术语作为法治话语,用以指导司法实践,应尽可能考量整体法秩序。

第一,法秩序的“统一性”,既是绝对的统一,也是相对的统一。对于法秩序的“统一性”,多数学者将其理解为法规范之间无矛盾、无冲突。日本学者松宫孝明认为:“法秩序的统一性,是指由宪法、刑法、民法等多个法领域构成的法秩序之间互不矛盾,更为准确地说,这些个别的法领域之间不应作出相互矛盾、冲突的解释。”<sup>[5]</sup>京藤哲久也认为:“统一性就是要求不含有矛盾。换言之,法秩序统一性的要求就是法秩序不能包含矛盾的要求。”<sup>[6]</sup>从整体角度,将“统一性”理解为“无矛盾、无冲突”是无可置疑的。然而,法秩序的“统一性”并非“相同性”或“同一性”,不能绝对地强调“不矛盾、不冲突”,只能在承认不同法律规范存在矛盾冲突的前提下寻求相互衔接、协调适用,同时要体现和实现法秩序的“统一性”。

第二,法秩序的“统一性”既是实然的统一,又是应然的统一。从实然角度,所有的规范矛盾都仅是一种表象,法秩序只要设置一系列的支配、从属规则,让彼此互不相容的规范形成先后关系,就能够达致统一性的要求。司法实践中贯彻法秩序“统一性”,重点是如何设置支配、从属规则,使得彼此冲突、互不相容的规范形成先后关系,能够达致统一性要求。从应然角度,法律体系内部各种法律规范之间不能存在冲突和矛盾。然而,在某一法律领域,由于相关法律法规的制定所处的历史时期、社会环境不同,立法价值目标和政策取向存在差异,各个部门法、各个效力层级的法律法规之间的规范矛盾是不可避免的,需要通过适用诸如上位法优于下位法、特别法优于一般法、新法优于旧法等“冲突法”规则,或者使用体系解释、目的解释方法对规范矛盾和法

条冲突进行消解,从而得出较为妥当的结论<sup>[7]</sup>。实然的统一与应然的统一是“一体两面”的平行关系,并不存在截然对立的立场。由此,应然说更多侧重法律规范层面,是一种立法的价值目标;实然说则侧重于司法适用层面,是一种司法的现实要求。“法秩序统一性”具有司法层面的动态过程性质,要求司法机关应当充分考虑法律规范的整体协调性,运用上述法条适用规则,推进法律统一适用。从法律体系角度,将民法、行政法和刑法的适用进行系统考量,加以衔接协调,避免出现规范矛盾或重复评价,是法秩序统一性原理的价值目标所在。

## (二) 法秩序统一性与违法性判断逻辑

在国外,关于将法规范视为行为规范还是裁判规范,存在法秩序统一到到底系“存在论统一”还是“目的论统一”之争。从存在论层面来看,法秩序作为行为规范体系,其必然要求排除不同部门法对某一行为违法性判断所产生的规范矛盾和冲突,这是法秩序统一性的核心<sup>[8]</sup>。罗克辛指出,刑法上的不法概念源自刑法辅助性法益保护的任务,其未必与其他法域中的不法概念保持一致<sup>[9]</sup>。在日本,学者们围绕违法是统一的还是相对的这一争议问题,既承认法秩序应当统一,又强调违法判断相对性,试图调和这一对矛盾关系,形成了“严格的违法一元论”“缓和的违法一元论”与“违法相对(多元)论”等学说观点。“严格的违法一元论”者认为,违法性在全体法秩序或者法领域中是一元的,在其他法领域中违法,在刑法上也不能正当化。由于该学说完全否认刑法自有机制和独立功能,存在固有弊端,二战以后已为多数学者所放弃<sup>[10]</sup>。在如何区分违法性判断的从属性和独立性的问题上,“缓和的违法一元论”通过设定“一般违法性”的概念,旨在明确整体法秩序中刑法从属于行政法、民法的内在关系<sup>[11]</sup>。“违法相对论”则认为,在刑事违法性之外单独考虑一般违法性并无实益,刑事违法性完全以值得处罚程度的法益侵害性为核心,独自进行判断即可。但实际上,无论是从属性还是独立性,均是法秩序统一性和违法判断相对性调和的产物,因而最终是一种相对的从属或相对的独立<sup>[12]</sup>。

在国内,关于刑法与民法、行政法的违法性判断,存在“违法一元论”“违法多元论”“相对从属性说”等观点。“违法一元论”认为,必须遵循法秩序的统一性,不同法域之间不应作出相互矛盾、冲突的解释<sup>[13]</sup>。“违法多元论”通过对法秩序统一性作目的的理解,否定刑事违法性与其他部门法违法性之

间的绝对关联,认为其他部门法的违法性只能作为刑事违法性判断的参考而非前提<sup>[14]</sup>。在刑民交叉案件中,刑法与前置法规制的角度是不同的,完全可能出现不同步的现象,由于评价对象的不同,“刑”与“民”宜各行其道,在承认其民事关系成立并产生相应的权利义务的同时,认定其行为成立犯罪<sup>[15]</sup>。“相对从属性论”则更强调刑事违法性与民事违法性、行政违法性之间的逻辑联系,即刑事违法性的成立以该行为具备其他部门法违法性为前提条件,未经前置法进行违法性确认的行为,刑法不得认定为违法。在规范保护目的相同的场合,刑法绝对从属于民法;反之,则刑法相对独立于民法<sup>[16]</sup>。

上述观点均有道理,分别适用于不同场合,其合理性是相对的、有限的。“违法一元论”与“违法多元论”都存在逻辑不周延之处。在刑民交叉领域,对于自然犯的违法性判断来说,由于刑法与民法的规范保护目的差异性较大,“违法多元论”的观点较为贴切;在刑行交叉领域,对于行政犯的违法性判断来说,由于刑法与行政法具有更强的趋同性,则“违法一元论”显得更为妥当;但就整体法秩序来说,两种学说都无法适用于所有场合。显然,“既坚持法秩序统一性原理又承认刑法违法性判断相对独立于前置法违法性判断的学说,在我国具有更大的影响力”<sup>[17]</sup>。本文赞同“相对从属性论”的折衷立场。法秩序统一性既是绝对的又是相对的,既是应然的又是实然的。法律规范体系内部的矛盾冲突是客观存在的,与其要求所有法律规范“不矛盾、不冲突”,不如面对实然的规范矛盾,积极寻求消解缓和、融合贯通之道,在违法性判断上,采取“相对从属性论”的观点,无疑与法秩序统一性的内在意旨更为契合。正如有学者指出的,“民法或行政法允许的行为,必然不具有刑事违法性;而民法或行政法禁止的行为,则未必具有刑事违法性;对民法或行政法认为并无保护之必要的利益,不能认定对其的侵害行为具有刑事违法性”<sup>[11]</sup>。

实践中,刑民交叉的具体案件情况是复杂变化的,不能固守“一路通吃”的裁判规则。在阶层论犯罪体系中,构成要件具有违法推定机能,符合构成要件的行为原则上也具有刑事违法性,但不能简单地将构成要件的判断等同于刑事违法性的判断。在对某种行为类型进行形式的违法性或质的构成要件符合性判断基础上,还应当进行是否具有实质的违法性程度或量的构成要件判断,以及是否具有阻却违法事由、排除其刑事违法性的判断。即使该行为

不具有刑事违法性、不构成犯罪,也未必为法秩序所认可,它仍然可能具有民事或行政的违法性,而受到非刑事法律规范的否定评价。例如,一般的侮辱、诽谤行为虽然不满足侮辱罪构成要件,但仍然可能违反《民法典》第1024条第1款的规定,属于违反整体法秩序的民事侵权违法行为,如果该行为具备了正当防卫、紧急避险等阻却违法事由,则其完全不受任何法律规范的否定评价,属于合法行为。总之,法秩序的“统一性”并不与违法性判断的“违法性一元论”相等同,也不与“违法性多元论”相排斥。司法机关应当在坚持“相对从属性论”的基础上,针对刑民交叉、刑行交叉案件的具体情况,进行刑事违法性和可罚性判断,并不断促进不同法律规范之间的衔接协调。

## 二、刑民交叉领域法秩序统一性原则的运用

刑民交叉案件,又称刑民交织、刑民互涉案件,涉及实体法与程序法两方面。在实体法方面,主要问题是刑事犯罪与民事不法的界分、刑事责任与民事责任的认定问题,如目前较多关注的刑事诈骗与民事欺诈如何区分问题。在同一案件中,可能同时发生实体法和程序法的刑民交叉问题,具体来说,一是刑法上对某一行为认定为犯罪并追究刑事责任,是否会对其作为民事行为的效力产生影响;二是民法上对民事权利归属和合同效力的认定,是否会对犯罪的认定产生影响。本文更多关注的是实体上的刑民交叉问题。

### (一) 刑民交叉案件类型及判断标准

本文所讨论的刑民交叉,除了刑法与民法的交叉,还包含着刑法与商法的交叉。刑法与民法、商法的规范保护目的不尽相同,犯罪行为与民事违约或侵权行为具有质的差异性,刑法的独立性更强;而在商事领域,刑法与商法的规范保护目的基本是一致的,犯罪与商事领域行政违法行为具有量的差异性,刑法的从属性凸显,故可以商法为前置法作为对行为进行刑事违法性判断的参考依据,但也不是绝对唯一的根据。实践中,须注意刑民交叉案件与刑商交叉案件的不同特点,区分不同情况加以认定。例如,在“帅英骗保案”<sup>[18]</sup>中,帅英故意篡改其母亲年龄签订保险合同,虚构保险标的,骗取保险金,理应构成保险诈骗罪,但因其骗保行为已经过两年除斥期间且未被保险公司发现,司法机关对于帅英的行

为应认定为合法有效还是构成保险诈骗罪存在定性分歧。《保险法》第5条规定了诚实信用原则,第54条规定“投保人申报的被保险人年龄不真实”包含故意隐瞒真实年龄和其他错误申报年龄的情况,尽管该条款规定了两年的除斥期间,但不能说,保险公司没有发现投保人虚构保险标的,法律就承认其欺诈行为的合法性。从《保险法》角度,其违反诚实信用原则的行为性质是不变的,只是保险公司实际上失去了解除合同的权利。《保险法》的规范保护目的在于对保险经济秩序的维持,这与刑法设立保险诈骗罪的法益保护目的是相同的。如果行为人违反《保险法》第5条诚实信用原则,故意虚构保险标的,骗取保险金,其行为侵害了保险经济秩序,且违反了保险诈骗罪构成要件中前置法的规定,具有刑事违法性,可认定为保险诈骗罪。

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、第10条规定,“同一事实”“同一法律关系”是刑民交叉案件性质的判断标准,但该文件对于什么是“同一事实”并没有明确。于同志认为,所谓“同一事实”,指的是同一主体实施的行为,刑事案件的受害人同时也是民事法律关系的相对人,民事案件争议的事实同时也是构成刑事犯罪的要件<sup>[19]</sup>。“不同法律事实”所引起的法律关系应是实体性的。引起刑事法律关系的法律事实就是犯罪,即犯罪嫌疑人或被告人的行为涉嫌犯罪;引起民事法律关系的法律事实包括事件和行为,但在民刑关系的讨论中只限于民事法律行为。“不同法律事实”是指不同的、需要不同法律评价的行为,即行为要素存在明显区分的情形。例如,甲向乙借款到期不还,乙为此将甲打成轻伤。此例中,存在行为和伤害两个行为,虽然行为主体要素存在重合现象,但两者完全是不同的两个行为,属于“不同的法律事实”<sup>[20]</sup>。具体来说,需要从行为主体、相对人以及行为本身三个方面认定是否属于“同一事实”:其一,从行为实施主体的角度判断,“同一事实”指的是同一主体实施的行为,不同主体实施的行为不属于同一事实。其二,从法律关系的角度进行认定,如果刑事案件的受害人同时也是民事法律关系的相对人,可以认定该事实为“同一事实”。其三,从要件事实的角度认定,只有民事案件争议的事实,同时也是构成刑事犯罪的要件事实的情况下,才属于“同一事实”。例如“航班延误骗保案”<sup>①</sup>,被告人杨某某等虚构行程购买航空旅程延误险是否属于“同一事实”是本案定性的关键。作为

刑事案件受害人的保险公司同时也是民事法律关系的相对人,决定保险合同是否有效的民事案件争议事实即虚构保险标的,同时也是构成保险诈骗罪的构成要件事实,因而属于刑民交叉案件的“同一事实”。既是民事案件争议问题的事实,也是构成保险诈骗罪的构成要件事实。

## (二) 认定和处理刑民交叉案件的基本规则

### 1. 刑法和民法适用效力不能相互排斥

在认定和处理刑民交叉案件中贯彻法秩序统一性原则,并不等于将刑事犯罪的认定与民事不法的认定完全予以等同。同一案件中,认定某种行为构成刑事犯罪,并不意味着该案件中行为人的民事法律行为完全归于无效。民事违约或侵权行为未必构成刑事犯罪,犯罪行为的认定未必排除民事行为的效力。例如“周某某非法倒卖土地使用权案”<sup>②</sup>,一方面被告人周某某转让股权的行为被认定成立非法转让、倒卖土地使用权罪,另一方面涉案股权转让合同又被认为是有效的民事合同。法院认为,无论是否构成刑事犯罪,该合同效力亦不必然归于无效。又如“朱某某侵犯公民个人信息案”<sup>③</sup>,被告人朱某某通过网络向他人购入可下载求职者简历的“智联招聘”“前途无忧”等网站的账号,并将部分账户转卖给被告人黄某。被告人黄某向朱某某购入这些账号后又转卖给他人。一审法院认为,黄某、朱某某的行为均已构成侵犯公民个人信息罪。笔者认为,朱某某虽违规向他人购入求职者账号,但由于存在被害人同意情形,故不宜入罪。司法实务中,行为人通过公开渠道获取、整理、筛选出个人信息,出售或提供给他人,常常被认定为侵犯公民个人信息罪,其理由是,在个人信息已被公开的情况下,如果收集这些信息并再次向他人提供,需要获得权利人的“二次授权”,否则属于违反国家有关规定,有可能触犯侵犯公民个人信息罪。也有人提出相反观点,认为获取已公开个人信息无需取得权利人同意,因为《民法典》第1036条第2项规定其实是否定了二次授权规则,除非权利人明确拒绝或相关获取、提供行为侵害了其重大利益,只要行为人获取、提供已公开个人信息的行为处于合理限度内,就不宜认定为犯罪<sup>[21]</sup>。本文同意后一种观点。根据我国《个人信息保护法》第27条的规定,“二次授权”规则并不符合上述《民法典》和《个人信息保护法》的规定,实践中很难把握和判断,而且可能压缩信息自由的空间<sup>[22]</sup>。在上述案件中,只要行为人在合理的范围内使用从招聘网站上获取的他人公开的个人简历信

息,没有对其个人权益造成重大影响,就不应认定该行为具有刑事违法性,否则,就有违法秩序统一性。然而,即使行为人超出了合理范围、对个人权益造成了一定程度的影响,其行为被认定构成民事侵权,也可能不具有严重的社会危害性和刑事可罚性。法秩序统一性是相对的,并不要求民法与刑法的规定完全相同,而只是要求民法与刑法之间协调适用,避免相互冲突,达到统一的法律效果。

## 2. 重视行为人主观要素的定罪作用

犯罪行为与民事侵权的主要区别往往不在于客观行为性质和手段,而在于主观方面是否具有犯罪意图,后者往往被忽略或不予重视。特别是对于最常见的刑事诈骗与民事欺诈来说,其界分的关键在于行为人是否具有非法占有目的。如果行为人在签订合同时并不具备履行能力,但其通过努力或其他方法最终依照合同约定的内容履行了合同义务,由于其行为并未对相对人的财产所有权造成实质损害,不具有严重的社会危害性,故不宜认定为犯罪行为。如果行为人将资金用于违法犯罪活动或用于个人享乐、肆意挥霍,导致资金到期无法归还的,一般情况下可以认定为行为人具有非法占有目的。如果行为人将资金用于偿还个人债务或公司债务,则应当考虑行为人的履行能力。资金数额、去向应当由司法机关依法承担证明责任,不应将证明责任转移给犯罪嫌疑人和被告人,若无法查明资金流向,应坚持存疑时有利于被告原则。

例如,甲与乙签订动迁房协议书,甲将一户动迁房出卖给乙,并约定待甲办理产权证书后协助乙过户。后来,甲考虑到房屋价格上涨,隐瞒该房屋已出售的事实,与丙签订房屋抵押借款合同,并办理了抵押登记。其间,甲为投资虚拟货币多次向丙借款,共计人民币60万元,实际到手人民币50万元。后全部亏损且无力归还。本案中,认定甲的行为能否成立合同诈骗罪,关键是判断其主观上是否具有非法占有目的。有学者指出,非法占有目的的认定应结合不同类型诈骗行为的特点进行具体分析。如“交易型”诈骗的审查重点在于作为交易对价的基础事实是否存在,而“使用型”诈骗则应重点考察行为人取得财物后的用途和资金走向<sup>[23]</sup>。如果在房屋买卖合同订立时,甲尚不存在主观恶意或非法占有目的;其后,甲将抵押得来的钱款用于投资高风险的数字货币,造成严重亏损不能归还,从其取得财产的用途和处置来看,甲实际上已形成非法占有目的,应认定为合同诈骗罪。在此情况下,其主观上的非法占

有目的是在抵押借款合同签订之后、使用所借钱款的过程中产生的,应认定其属于“使用型”合同诈骗犯罪。该案中,抵押合同本身的效力不应受到其后犯罪认定的影响。当然,如果有足够的证据证明其与王某签订抵押合同时即存在非法占有借款的目的,该房屋抵押合同自始就是无效合同,应认定为“交易型”合同诈骗罪。如果本案现有证据无法认定甲具有非法占有借款的目的,则应认定为民事欺诈行为,进行非罪化处理。

## 3. “先刑后民”抑或“先民后刑”不宜“一刀切”

在刑民交叉案件中,司法机关往往面临着在启动和适用诉讼程序上,是“先刑后民”还是“先民后刑”的选择问题,理论上和实践中存在认识分歧。总体上看,采取“先刑后民”是司法实践形成的惯常做法,即民事案件是否必须以刑事案件的审理为前提。在“先刑后民”机制之下,实践中对于民事案件的处理采用了“驳回起诉或者不予受理”或“中止审理”的不同方式。对此,不少学者主张“先民后刑”,认为刑事程序的推动须以民事上的权利确认及法律关系判断为基础,将民事诉讼作为前置程序,以民事诉讼的裁断作为刑事程序推进的依据<sup>[24]</sup>。有的认为,解决刑民交叉案件的基本原则应是“刑民并行”,而“先刑后民”有悖于法秩序统一性原理,在特定的例外情形才能适用<sup>[25]</sup>。还有的主张,对于刑民交叉案件应当进行分类处理,即在牵连关系的刑民交叉案件中,应当采取分别审理即刑民并行的司法规则;在排斥关系的刑民交叉案件中,犯罪构成排斥民事法律关系的存在,应当采取先刑后民的司法规则;在并存关系刑民交叉案件中,无论是在刑事程序启动之前还是之后,都可以提起民事诉讼<sup>[26]</sup>。

毋庸置疑,“先刑后民”确实有其简便、易操作的优势,可以弥补当事人自行诉讼时在举证能力方面的不足。然而,也不能对其进行过于机械地、绝对地理解,不宜搞“一刀切”。《民事诉讼法》第153条第1款第5项规定“本案必须以另一案的审理结果为依据,而另一案尚未审结的,应该中止审理”。根据此规定,如果使刑民案件发生关联的事实属于必须通过刑事诉讼程序认定的基础性事实,且民事案件中当事人不具备必要的举证能力,有赖于司法机关查明事实,或者在特殊情形下民事责任与刑事责任的证明标准基本相同,为避免重复取证,刑事案件就具备优先审理的必要。相反,刑事案件就不具有优先审理的必要。“民刑并行”甚至“先民后刑”并不是完全不可行。在处理刑民交叉案件时,“先刑

后民”的传统办案模式缺乏规范依据,应采取“刑民并行”原则,违反刑法并不必然导致合同无效。如果行为人已被追究刑事责任,相关规定的规范目的已经实现,就无须再从民法上否定合同效力。在法律事实同一、依赖公权力查明案件事实、刑事处理结果更有利于查明案件事实、证明标准基本相同的特殊情形下,有必要例外地采用“先刑后民”的做法。司法机关在判断出现刑民交叉的情况下,可以“先刑后民”为处理原则,但在具体个案层面不宜“一刀切”,所谓“刑事优先”抑或“民事优先”的观点不能成为“放之四海而皆准”的原则。在依法办理案件的同时应综合考虑全案的社会效果,必要时也可以采取“先民后刑”。

在认定和处理刑民交叉案件过程中,必须明确一个基本立场,那就是要选择更利于保护当事人合法权益、更为公正有效解决问题的思路与机制。如果侵权人通过承担民事责任可以弥补当事人损失、修复法秩序,不具有刑事可罚性,就不需要通过刑事诉讼予以处理。当民法不再对法秩序所承认的利益提供保护机制时,则考虑刑法介入的有效性。例如,在前述“帅英骗保案”中,根据《保险法》的规定,该案所涉保险合同经过两年除斥期间后归于有效。如果能够肯定《刑法》相较于《保险法》等民事法在法益保护方面更为有效,则即使认定帅英的骗保行为构成保险诈骗罪,也不违背刑法谦抑性原则<sup>[27]</sup>。总之,在刑民交叉疑难问题的处理上,应当注意到刑事、民事不同法域的立法价值和司法逻辑的不同,在遵守罪刑法定原则的基础上加以利益衡量,尽量缓解和消除利益冲突,避免因诉讼产生更大的矛盾纠纷,最终达到法律效果与社会效果之统一。

### 三、刑行交叉领域法秩序统一性原则的实现

刑行交叉,在实体法层面是指刑事犯罪与行政违法、刑事处罚与行政处罚的交叉重合和衔接协调问题;在程序法层面,是指刑事诉讼程序与行政诉讼程序的选择适用问题。随着行政犯(或称法定犯)时代的到来,刑行交叉案件日趋增多且复杂。本文着重在实体法层面探讨刑行交叉案件中行政犯的认定与处罚问题,助力刑行交叉案件处理中法秩序统一性的有效实现。

#### (一)行政犯的从属性与独立性判断

行政犯的主要特征是,在其犯罪构成要件中设

置了行政性前置法,因此,行为必须同时违反行政法与刑法的规定,行政违法性是刑事违法性的前提,两者在很大程度上存在重合性,从这一点来说,行政犯具有明显的从属性。有学者提出“前置法定性与刑事法定量相统一”的学说<sup>[28]</sup>,前置法上的违法行为只有通过刑法的两次定量筛选,才能纳入刑法规制的范围。在司法适用中,应当注重刑法的二次违法性特点,充分运用限缩解释进行入罪评价;凡是不违反行政法规的行为,且该行政法规属于某个罪名构成要件中的前置法,对该行为就不应成立该种罪名。然而,司法实践中认定行政犯存在着过度行政依赖的现象,如一些案件在认定交通肇事罪时以公安交通管理部门出具的“交通事故认定书”确定刑事责任,值得深刻反思。行政犯的成立虽然以违反行政法规为必要,但违反行政法规的行为未必就具有刑事违法性。“行政犯的行政从属性和刑事不法判断独立性作为筛选行政犯是否成立的两个步骤。”<sup>[12]</sup>“无论是相对从属性说还是相对独立性说都建立在法秩序统一性的基础上,均承认刑法的独立价值,在核心观点上并没有形成水火不容的对立,而是愈加呈现一种融合性和贯通性。”<sup>[29]</sup>基于法秩序统一性,司法机关在认定犯罪时更需要进行独立判断。在刑行关系上,刑法规范的适用需要实质解释,将不值得处罚的违法行为排除在犯罪圈之外。对于行政犯而言,行政合法性是否排除刑事违法性,行政违法性又在何种程度上影响刑事违法性的判断<sup>[30]</sup>,值得认真思考。判断行政违法行为是否构成对应行政犯罪的关键在于行为的法益侵害程度,刑事责任原则上仅适用于既破坏社会秩序又对合法权益造成实害或危险的行为,单纯破坏社会秩序但不具有法益侵害性的行政违法行为一般不宜认定为犯罪。

例如,有关刑法第140条生产、销售伪劣产品罪与第141条至第148条所规定罪名的关系及刑法适用存在不少疑难问题,如生产销售未经批准但安全有效的兽药能否认定为犯罪、能否将“假而不劣”的兽药排除在刑法规制的对象范围之外等。生产、销售伪劣兽药罪与生产、销售假(劣)药罪的构成要件存在本质区别。从犯罪对象来看,虽然“兽药”也被称为“药”,但不属于《药品管理法》中的“药品”,后者仅限于人用药品与非药品。“人药”和“兽药”所反映的客体性质不同,前者是消费者的人体健康,后者是养殖企业或个人的财产利益,两者不能混同。应当从实质层面进行限制性解释,“药品管理秩序”

并非仅是维护行政管理的工具,而是与前置行政法规在“公众用药安全”这一实体利益上达成法秩序统一<sup>[31]</sup>。因此,形式上按假药论处,但不可能造成生产较大损失的行为不认定为犯罪。在《兽药管理条例》第47条、第48条列举的认定“假兽药”和“劣兽药”的情形中,既有变质的、被污染的药品按假兽药处理的实质认定情形,也有未取得相关批准证明文件生产兽药或者明知是上述药品而销售、按假兽药处理的形式认定情形。如果只是形式上认定为“假(劣)兽药”,而不具有实质上的社会危害性,则不应认定为犯罪,只须予以行政处罚即可。

## (二) 行政处罚对刑事犯罪认定的影响

随着风险社会的到来,国家管理的广度和力度都在不断加大,各国都在纷纷扩大动用行政措施乃至刑罚管控风险的范围。立法者在进行行政处罚和刑罚的配置时,已不再对二者进行清晰划界<sup>[32]</sup>。刑罚预防功能的纳入,以及立法者对于行政违法行为为犯罪化的前置性保护趋向,都在很大程度上加剧了刑罚和行政处罚的交叉重叠。实践中,应当准确把握行政处罚对刑事犯罪的影响,尤其是在行政犯的认定中如何坚守罪刑法定原则。以下着重探讨两个疑难问题。

### 1. 行政处罚裁决能否直接作为刑事定案依据

司法机关在认定行政犯过程中,往往将行政部门出具的认定意见等同于刑事鉴定意见进行采用,用行政责任的判断标准来认定刑事责任。行政机关制定的行政标准对于认定行政犯往往起着决定性作用,甚至成为唯一定案依据。诸如在涉淫秽罪刑事案件中认定物品是否具有“淫秽性”时直接以行政机关出具的《淫秽物品审查鉴定书》为依据。对于某个已经受到行政处罚的行为,认定其构成犯罪并追究刑事责任,能否将之前的行政处罚裁决作为后续认定犯罪的依据或者刑事诉讼证据?一方面,行政处罚裁决与刑事裁决均为法律制裁,基于法秩序统一性,在刑事诉讼中应承认行政处罚裁决的法律效力,并将其作为认定犯罪的依据。另一方面,行政诉讼与刑事诉讼对证据的认定要求不同,后者比前者更为严格,刑法具有独立性,不能完全从属于行政法,对于已受行政处罚的行为认定犯罪,需要重新作出证据判断。因此,行政处罚裁决不能直接作为定案根据,只能参考使用。刑法和行政法的规范保护目的不同,刑法要保护重大法益,而行政法更多的是为了维护社会的一般秩序。由于法律性质和调整方法的不同,刑法和行政法保护的法益即规范保护目

的当然是不同的,法定犯罪与非罪的认定除了考虑前置法的违法性判断之外,还要依据刑法的规范保护目的进行独立的实质性判断<sup>[33]</sup>。

以一起交通事故“逃逸”案为例。甲驾驶汽车在十字路口绿灯放行时左转弯,在左转弯过程中,乙骑电动自行车闯红灯,与甲所驾驶的机动车车头前侧相撞倒地。当时甲认为自己没有违章,就驾车离开现场。救护车在事发后40分钟到达现场,乙不治身亡。事发后,公安机关出具的道路交通事故认定书认定,甲在事故发生之后为逃避法律追究驾车逃逸,乙虽有过错,但甲仍需承担事故的全部责任,乙不承担责任。在本案处理中,公安机关所出具的事故责任认定书只是鉴定意见,不能直接作为刑事责任认定的根据,甲没有违反道路交规,不具备交通肇事罪的前提条件,不能将事后“逃逸”作为认定事故全责的依据,进而追究其刑事责任。首先,交通事故责任认定书不能直接作为交通肇事罪的定案依据,在刑事责任认定上应当根据案件事实作出具体判断。交通事故责任认定是一种事后的推定责任,这与刑事责任所要求的实际责任存在区别,二者不能混同。行政法领域往往追求的是效率优先兼顾公平,目的在于高效地维护道路交通秩序,因此事后推定责任的背后,可能是本不应承担全部责任的行为人因为其逃逸行为承担了全部责任。如果将交通事故行政责任与交通肇事罪的“事故责任”进行等同的理解,就会导致对“逃逸”行为进行双重评价,违反禁止重复评价原则。其次,如果把交通事故责任认定看作是一种刑事责任的推定,那么,这种推定方法只能是补充性的,只有在特殊情况下才能采用。刑法所要求的刑事责任证明标准远高于行政法领域,强调行为人的犯罪行为同损害结果之间的因果关系。本案中,甲没有实施交通违章行为,其发生交通事故后离开现场的“逃逸”行为与乙的死亡结果不存在刑法上的因果关系,也就不能以交通肇事逃逸认定其构成犯罪。从立法目的上看,我国《道路交通安全法》为了较为高效地维护道路交通秩序,避免事故长时间占用公共道路,妨碍道路交通的正常运转,采用了推定的责任认定方式,即一旦当事人在交通事故发生后实施逃逸、破坏现场等有碍行政责任认定、试图逃避法律追究的行为,即推定当事人对该交通事故承担全部责任。这种推定的行政责任认定结论过于强调结果的客观归责,忽视行为规范评价和主观罪过,显然不能不加审查地作为交通肇事犯罪的定案依据,而是应当按照《刑事诉讼法》的

有关规定,依据案件事实和证据,排除合理怀疑。刑法作为保障法,应当与民事、行政法律衔接协调,在其他法律难以有效处理社会生活领域的纠纷争端时介入并发挥作用,这也是刑法谦抑性的必然要求。

## 2. 多次实施行政违法行为的刑事责任认定

实践中,多次行政违法行为中已受行政处罚的情况较为普遍,对于受到一次以上行政处罚后又多次实施相同的行政违法行为的犯罪嫌疑人,能否认定为犯罪并追究刑事责任,存在认定上的难题。现行刑事立法或司法解释将违法行为次数作为刑事追诉标准的罪名也逐渐增加,将诸如“多次抢劫”“多次盗窃”等分别作为构成犯罪的情形之一。有学者对行政处罚作为刑事处罚的依据或称“行政处罚行为入罪化”的做法进行了批评,认为现行立法和司法解释将行政处罚作为“非典型”的入罪要素存在扩大犯罪圈之嫌<sup>[34]</sup>。还有学者认为,刑法中的“未经处理”仅指达到追诉标准但未经过刑事处理的情形;单次行为本身未达到追诉标准时,无论是否已经过行政处理,都不能认定为刑法上的“未经处理”<sup>[35]</sup>。对此,应当辩证地看待,不宜一味肯定或否定。将先前行为的行政处罚作为后续同类行为定罪量刑要素有其现实法律根据。《行政处罚法》第35条规定,违法行为构成犯罪,且已受罚款或行政拘留的,人民法院在量刑时应予以折抵。行为人之前所受到的行政处罚可以折抵为刑事再评价的相应刑罚,避免了对同一违法行为的重复处罚,从罪刑相适应原则角度,对其应予以肯定。对于三次未达刑事追诉标准且均未受过治安处罚的案件,只有在行为人屡教不改,主观恶性较大,采取行政处罚手段不足以评价其法益侵害程度及预防其再次发生时,才可以考虑动用刑罚;如果违法行为次数达三次以上,但其涉案数额累计并未达到刑事追诉标准的,一般也不应以犯罪论处,直接运用刑罚进行规制,既是对行政法规范的虚置,也是对刑罚资源的一种浪费。

须指出,近些年我国在行政法领域不断加大行政处罚力度,大大提高了处罚数额起点和幅度,其严厉性程度几乎不亚于刑罚。刑法作为保障法,应当与行政法律法规衔接协调,这是刑法谦抑性的必然要求。实践中,应当优先适用行政处罚措施。对于未经处理的行政违法行为,应尽量予以行政处罚处理,妥当处理好因行政处罚“入罪”带来的与刑罚适用重叠冲突问题。例如,对于偷逃税款行为,不仅可以按照税法规定的交滞纳金和罚款方式,在法定的处罚幅度内从重或“顶格”处罚,还可以考虑吊销其

营业执照、行政拘留等更为严厉的制裁措施,增强行政处罚的执法效果,以更好地与刑事处罚相衔接,非必要不动用刑罚,避免“以罚代刑”或“以刑代罚”。

## 结 语

法秩序统一性作为一种法治话语有其特定的场景和条件,法治话语需要在法治化场景下,运用法治思维加以阐释和运用。法秩序统一性并非绝对地要求不同法规范对同一种概念、同一个行为作完全相同的表述和理解,对于不同法律规范的关系也不要完全无矛盾、无冲突。司法机关面对现行法律法规之间存在的<sup>不一致、不协调的情况,注重法秩序统一性的绝对与相对、形式与实质的结合,运用法律规范冲突适用规则和体系解释方法,消解规范矛盾和冲突。同时,法秩序统一性的司法指导功能则主要体现在刑民行交叉案件的处理中,对于大多数普通案件来说,司法机关不需要特别关注该原则的具体适用。尽管刑法与民法、行政法之间存在渗透融合的趋势,有些刑法条款带有较强的行政从属性,但在刑事违法性判断方面仍应保持独立属性;在定罪量刑的价值目标、具体标准等方面,刑法与民法、行政法往往也是存在差异、互斥的,但这并不妨碍法秩序整体的统一性。在刑民行交叉案件中,应当明确刑法的保障法功能定位,秉持刑法的谦抑审慎精神,使其与民法、行政法相互配合,刑罚与行政处罚、民事赔偿之间衔接协调,契合维护个人权益和社会秩序的实际需要,从整体上实现法律的公平正义。</sup>

## 注释

- ①参见上海市徐汇区人民法院(2021)沪0112刑初157号刑事判决书;上海市高级人民法院(2021)沪01刑终1110号刑事判决书。②参见最高人民法院(2016)最高法民终222号民事判决书。③参见上海市徐汇区人民法院(2018)沪0104刑初941号刑事判决书。

## 参考文献

- [1] 吴冬兴.论法秩序统一性原则的司法应用逻辑[J].法学,2022(7):23-39.  
 [2] 恩吉施.法律思维导论[M].郑永流,译.北京:法律出版社,2004:200.  
 [3] 凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵,译.北京:商务印书馆,2013:173.  
 [4] 曾根威彦.刑法学基础[M].黎宏,译.北京:法律出版社,2005:212.  
 [5] 松宫孝明.刑法总论讲义[M].钱叶六,译.北京:中国人民大学出版社,2013:81.  
 [6] 京藤哲久,王释锋.法秩序的统一性与违法判断的相对性[J].苏州大学学报(法学版),2020(1):145-160.

- [7] 吴辆飞.法秩序统一视域下的刑事违法性判断[J].法学评论,2019(3):47-57.
- [8] 陈金钊,吴冬兴.论法秩序统一性视角下违法判断的法域协调[J].东岳论丛,2021(8):162-172.
- [9] 罗克辛.刑事政策与刑法体系(第2版)[M].蔡桂生,译.北京:中国人民大学出版社,2011:70.
- [10] 于佳佳.违法性之“法”的多元解释[J].河北法学,2008(10):14-20.
- [11] 王昭武.法秩序统一性视野下违法判断的相对性[J].中外法学,2015(1):170-197.
- [12] 马春晓.法秩序统一性原理与行政犯的不法判断[J].华东政法大学学报,2022(2):33-45.
- [13] 刘卉.刑民交叉案件:争议难点与司法处理[N].检察日报,2019-08-19(3).
- [14] 陈少青.法秩序的统一性与违法判断的相对性[J].法学家,2016(3):16-29.
- [15] 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(2):433-454.
- [16] 于改之.法域冲突的排除:立场、规则与适用[J].中国法学,2018(4):84-104.
- [17] 袁国何.法秩序统一性视野下的刑事不法判断[J].国家检察官学院学报,2024(4):123-147.
- [18] 何海宁.“骗保”疑案难倒法官[J].政府法制,2006(14):22-24.
- [19] 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.
- [20] 时延安.刑民交叉案件的处理:类型与规则[J].交大法学,2022(5):16-27.
- [21] 喻海松.侵犯公民个人信息罪的司法适用态势与争议焦点探析[J].法律适用,2018(7):10-15.
- [22] 王华伟.已公开个人信息的刑法保护[J].法学研究,2022(2):191-208.
- [23] 何荣功.民事欺诈与刑事诈骗的类型化区分[J].交大法学,2023(1):114-128.
- [24] 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(6):3-20.
- [25] 王利明.“刑民并行”:解决刑民交叉案件的基本原则[J].中国刑事法杂志,2024(2):18-33.
- [26] 陈兴良.刑民交叉案件审理的司法规则:实体法与程序法的双重考察[J].中国刑事法杂志,2024(2):3-17.
- [27] 房慧颖.刑法谦抑性原则的价值定位与规范化构造:以刑民关系为切入点[J].学术月刊,2022(7):117-125.
- [28] 田宏杰.走向现代刑法:违法性认识的规范展开[J].政法论坛,2021(1):68-80.
- [29] 邹玉祥.行政犯违法判断的中国方案[J].政治与法律,2023(10):63-80.
- [30] 张峰铭.法秩序在何种意义上是统一的:对部门法交叉问题的前提性反思[J].东岳论丛,2022(4):168-180.
- [31] 陆诗忠,卢李语涵.再论生产、销售假药罪中的“假药”[J].青少年犯罪问题,2023(6):52-64.
- [32] 赵宏.刑行交叉案件的实体法问题[J].国家检察官学院学报,2021(4):17-32.
- [33] 邹玉祥,任涛.行政犯违法判断方法探究:规范保护目的理论之提倡[J].学术交流,2023(3):71-83.
- [34] 李翔.刑法中“行政处罚”入罪要素的立法运用 and 限缩解释[J].上海大学学报(社会科学版),2018(1):72-84.
- [35] 曾文科.刑行衔接视野下“未经处理”的认定规则[J].法学,2021(5):162-174.

## Interpretation and Application of the Rule of Law Discourse on the Unification of Legal Order in the Cross Disciplinary Field of Criminal, Civil and Administrative Law

Zhang Yong

**Abstract:** The unity of legal order is an important concept in the discourse system of modern state rule of law, and is a fundamental principle for the application of law in the intersection of criminal, civil, and administrative fields. For criminal and civil cross-disciplinary cases, they should be examined from the dual perspectives of substantive law and procedural law, and “the same fact” is the standard for judging criminal and civil cross-disciplinary cases. Handling criminal civil cross disciplinary cases requires adherence to the principles of legality of crime and punishment, unity of subjectivity and objectivity, and combination of form and substance judgment. According to the actual situation, the “punishment before the people” approach can be adopted, but “parallel punishment for the people” or even “punishment for the ancestors after” is not impossible. Based on the principle of unity of legal order, in the determination of cross disciplinary cases, it is necessary to correctly understand the subordinate nature of criminal law and the administrative subordinate nature of administrative offenses, and make independent judgments on the substantive and standardized illegality of criminal law. For acts that have already been subject to administrative penalties, the administrative penalty ruling cannot be directly used as evidence for subsequent criminal proceedings to determine the crime; For those who have already been subject to administrative penalties and have committed similar illegal acts multiple times in the future, the previous administrative penalties can be included in criminal evaluation for quantitative sentencing, but the principle of modesty of punishment must be upheld, and administrative penalty measures should be prioritized to promote the coordination and connection between criminal and administrative penalties.

**Key words:** rule of law discourse; unity of legal order; criminal civilian intersection; the connection between punishment and execution

责任编辑:海 民