

简论民法评价对刑事定罪的辅助作用

——基于法律秩序统一原则的要求

龚帆 叶圣彬

在立法和理论研究乃至教学中，法律体系下划分了若干法律部门，然而现实生活中，犯罪分子并不会按照犯罪构成的要件实施犯罪行为，这类行为往往千奇百怪且牵连甚广，跨越法律部门，刑民交叉、行刑交叉的说法就是这种现象的概括。刑事审判如何将纷繁复杂的法律行为归类，以便正确定性，准确定罪，适当量刑，在审判实践中已经积累了丰富的经验，但“出罪”不足不能不说是现实问题。《民法典》自颁布实施以来，全民深入学习讨论，因此，研究民事评价尤其是代表最新民法观点的《民法典》对于刑事定罪的辅助作用，借助民事思维对刑事案件准确定性，及时出罪，不无裨益。

一、司法观察：民法评价的现实辅助作用

研究民法评价对刑事定罪的辅助作用，前提是基于刑法具有自身的独立品格，强调刑法的独立品格，并不妨碍刑事定罪需要民法的辅助，刑法的罪状中存在空白罪状有时需要民法规范填充。空白罪状，是指刑法条文中虽未直接地、明确地描述某一犯罪构成的要求，但已指明构成该种犯罪需要参照的其他法律、法规，这样的规定曾较多指向行政法，如今指向民法的立法已并不鲜见。在这种情况下，根据民法规范对这些空白罪状进行填补，既简洁了刑事立法，也体现了法律统一。

（一）民法评价辅助出罪

立法中的出罪，传统的有刑事责任年龄方面的规范，典型的有正当防卫、紧急避险阻却犯罪，此外民法典规定了“自认行为”。自认行为是权利人允许他人侵害自己的权益，并承诺阻却违法犯罪的损害行为，这是民事自治的基本原则的体现。依据民事自治原则，民事主体有权处置自己的权利，因而，自杀行为、自行安乐死，都阻却犯罪，成为民法出罪的重要民事法律依据。依据民法规范出罪，符合法律秩序统一的原则，值得高度重视，值得深入研究。民事评价辅助出罪，学者们经常关注的是非法转让、倒卖土地使用权罪的问题。^①高房价的环境下，土地市场交易极为活跃，在政府主导的一级土地市场“招拍挂”之外，还有市场主体之间的二级土地市场，以公司股权转让的形式、完成商品房地产项目、实现土地使用权出让。因为公司之间股权转让只要符合公司法的规定，不违反民法的交易规则，就是符合民法规范而有效，受到法律的保护，在诉讼或仲裁中受到法院或仲裁机构的支持，中国广州仲裁委员会（2020）穗仲案字第3612号案就是一例。^②公司法第二十七条规定，公司股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权及土地使用权等能用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资。第七十一条还规定，有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。在实际操作中，这类公司股权转让易主后，土地使用权仍然是该公司，土地使用权外在形式的主体并没有变化。因为土地使用权是该公司股权价值的承担者，更简洁地说，买卖股权的目的就是实现土地使用权转移、易主，因而，变

^① 参见周光权：“‘刑民（行）关系与犯罪认定’之九——股权转让与非法转让、倒卖土地使用权罪”，载《法制日报》2021年6月16日版。

^② 参见中国广州仲裁委员会（2020）穗仲案字第3612号裁决书。

换公司股权的持有者，实质是变换该土地使用权的使用者，实现土地使用权的合法转让。这种通过出让公司股权的方式出让土地使用权及相关权益，从公司股权转让的角度来说不违反民法规定，是符合公司法的。符合公司法规定的行为具有合法性，依据法律秩序统一原则，当然在刑法上同样具有合法性，不构成犯罪，应该依据民法评价做出罪处理。这样依据民法评价做出“出罪”的处理，最高人民法院有多个判决实例。^③这些都为依据民法做“出罪”定性提供的支撑。

实践中，民法评价辅助出罪主要体现在两个方面，一是看似刑事犯罪实则阻却犯罪，如前述的自认行为；二是看似刑事犯罪实则为民事行为。

（二）民法评价辅助入罪

民法评价辅助入罪，基本原则在于民法和刑法对于违法性的评价具有一致性。这种一致性，并不影响刑法对于行为的社会危害性和行为人的危险人身危险性做出独立的刑法评价。在任何情况下，刑法对于危害性的评价都是必须的。

有一种特殊情形值得注意。依据民法自治的原则，民事主体有权处理自己的权利，民法上自伤身体并非违法，但是，《刑法》第四百三十四条规定了战时自伤罪，即军人战时自伤身体构成犯罪。这是一种特殊情况。战时自伤身体只是手段，目的是故意逃避军事义务。本罪惩罚的不是战时自伤身体行为，惩戒的是以自伤身体为手段逃避军事义务的行为。从这个例子也可以看出，当行为人损害本人的人身

^③ 参见最高人民法院(2004)民一终字第68号判决；最高人民法院(2007)民二终字第219号判决；最高人民法院(2013)民一终字第138号判决。最高人民法院(2013)民一终字第138号判决书中，针对当事人提出的合同相对方“以股权转让的形式掩盖非法转让土地使用权目的”的说法，该判决明确回应：“现行法律并无效力性强制性规定禁止房地产项目公司以股权转让形式实现土地使用权或房地产项目转让的目的。”

权利以实现不法目的时，刑法可以将其认定为犯罪

有时候，形式上合法的民事法律关系，是被人设计的、虚构的合法外衣，通过这件合法外衣掩盖刑事犯罪。刑事审判实践中，应当揭开虚假民事法律关系的面纱，呈现刑事犯罪的本真，例如“套路贷”案件，就是通过虚构民事法律关系，掩盖刑事犯罪的典型。在“套路贷”案件中，犯罪分子通常是以民事借贷的假象，掩盖其刑事诈骗的真相。表面看，以借款合同为依据的借贷关系客观存在，以银行流水为借款凭证的直接证据确凿充分，由此证明借贷合同已经实际履行。这其中的套路是，诱骗或胁迫被害人签订要件齐全的借贷合同，实际利用虚构或虚增债权等方式进行诈骗，利用借贷合同和账面银行流水向法院提起民事诉讼，主张自己的权利，请求对方还本付息，由此实现虚假债权。在这类案件中，借款合同具备合法要件只是一种假象，实质是诈骗犯罪，非法侵占他人的合法财产。比如以资金频繁的流动形成资金流水，在打入足额“借款”后再以中介费、服务费等名义分散流向其他账户，在精心设计的圈套下，建立起难以推翻的证据体系，为后续受害人的举证维权造成难度。刑事审判的任务就是要通过各种证据，去伪存真，还刑事诈骗本来面目。

（三）民法评价区分此罪彼罪

民法和刑法交织的内容非常丰富。民法对物权、所有权、使用权、用益物权、债权的规定，与刑法的规定多有交织，比较常见的盗窃、抢劫、诈骗等财产犯罪，是刑事审判实践中较为常见重要犯罪，也是司法审判中的常见犯罪。这些财产犯罪，实质上是侵犯财产所有权的犯罪，在认定和评价财产犯罪时，需要对民法中物权、所有权、使用

权、用益物权、债权的规定做出解读，依据这些规定做出评价。民法评价对于认定此罪或者彼罪有其辅助作用。

物的所有权状况决定是此罪还是彼罪。职务侵占罪是侵占本单位的财物，即明知道是单位的财物决意采取侵吞、窃取、欺诈等手段非法占为己有；如果明知是他人的代为保管的财物、遗忘物或埋藏物而决意占为己有，拒不交还，则构成侵占罪。在这里财物的所有权状况不同，当我们依据民法做出维度确定所有权的状况时，就会确定一个相适应的罪名，在这种场合，民法维度对准确定罪的辅助作用是显而易见的。

物的使用权状况决定是此罪还是彼罪。在传统的刑法理论中，关于使用权状况决定是此罪还是彼罪，最典型的“电线被盗”的情形。如果被盗窃的电线是库存物资，构成盗窃罪。如果被盗窃的电线是已经架设正在使用中，则该违法行为构成破坏通信设施罪。财物在不同的使用状况，在刑法上代表不同的法益，该违法行为侵犯了不同的犯罪客体，因而构成不同的罪名。依据民法维度该物的使用状态，恰当地区分了此罪与彼罪。

物被处分状况决定是此罪还是彼罪。买卖双方交易二手电动车，交付车辆及钥匙后，卖家无意中看见该车还有一把钥匙自留，随即找到停放在外的车辆，偷偷骑走。随后案发，该车被追回。卖家的行为是盗窃还是诈骗，定性取决于该车买卖是否成交，即取决于该车被处分的状态。如果是虚假买卖，卖家的行为构成诈骗，反之则是盗窃。因为该车的买卖是真实的，车辆已经交付买方，所有权已经发生转移，卖方的行为构成盗窃罪。

民法评价对刑事审判发生辅助作用的情形大量存在，通过民法

的维度去分析刑事犯罪，在很多时候可以做到更加简单、准确地定罪，适当量刑，保证案件质量将更有保障。

曾经受到广泛关注的典型案例之争“商店收款二维码被他人替换，顾客扫码支付后的款项打入他人账户，属于盗窃还是诈骗？”案情简单，可是如何定性引发了大量争议，从犯罪的构成要件来分析，赞成盗窃和诈骗的均支持者众多。直接考察行为，可以推断行为特征，但是不能确定行为性质；但如果从民事思维入手，确定该案的行为性质，可以从分析判断谁蒙受损失入手，即：是店主蒙受了损失，还是顾客蒙受了损失？显而易见，是店主蒙受了损失，他发出货，没有收到款。买主得到货也付了款，没有蒙受损失。店主是被骗，还是被盗？顾客均有主动支付货款，该货款是在店主不知情的情况下由行为人通过预先替换的收款二维码获得并占有，具备盗窃的特征，没有诈骗的痕迹，因而是盗窃罪。由于从谁是受损财产的所有者入手，不是从行为——本案只有二维码被替换的事实，没有其他可以证明行为的证据，较为清晰地确定了盗窃罪的行为性质。准确性，为适当量刑奠定了基础。类似的案件在《人民法院报》《中国检察官》上都有过充分讨论，基本形成了共识。^④

实践中的这些实例，既有难题，也有启迪，当我们调整视觉，用民事维度去考量和检视定罪量刑时，会发现复杂的此罪彼罪区分变得简单、透明、恰当。

^④ 纵观《人民法院报》（2017年第3期）《中国检察官》（2018年第5期）选取的案例，主要是：买受人认为自己按照市场行情支付了房子的对价，善意取得了房屋，支付对价并非受骗，不是被害人。而产权人在不知情的情况下，自己的房子被人盗卖，即符合盗窃罪构成要件，原产权人是遭受财产损失的被害人。依据产权归属，清晰地确定了盗窃的性质。参见北京市一中院（2019）京01刑终466号二审刑事裁定书。

二、理性探究：民法辅助定罪的基本原理

陈兴良教授认为：“只要存在民事纠纷，就可以阻却财产犯罪，包括某些经济犯罪的成立。”陈教授还进一步指出说：“这已经成为我国刑法学界的共识。虽然司法实务中还存在争议，但法院一般都采纳民事纠纷阻却财产犯罪的观点。”^⑤本文认为，民法评价辅助定罪、出罪，还在于符合罪行法定的原则，具有可能性；有利于法律秩序的统一，具有必要性；适应轻罪立法的趋势，具有现实性。

（一）可能性：罪刑法定原则的应有之义

1. 罪刑法定是基本原则。定罪以法律为依据，所依据的法律当然是刑法，但并不仅仅限于刑法，还受民法、行政法的影响。在某些情况下，刑法对部分罪状进行兜底式规定时，需要借助民法规定对这些“兜底”的空白进行填补，这种填补体现了民法对于刑法定罪的辅助作用。如《民法典》对人和物做了一系列的规定，这些规定对于刑法中认定侵犯人身权利罪和侵犯财产罪，都有重要的辅助作用。依据民法填补空白罪状，不仅需要民法中的法人制度，还需要所有权、使用权、处分权和物权、侵权、债权规范的评价，这些民法规范都会成为定罪、出罪的法律依据，都会对定罪、出罪产生直接或间接的影响。

2. 刑法中的侵犯人身权利罪。这类犯罪的客体包括人的生命、健康、人格、隐私等权利，而这些权利都是《民法典》赋予公民的基本民事权利，受到民法的保护。公民的上述民事权利是否受到侵害，首先需要按照民事规范做出法律评价，尤其面对隐形的人格权和隐私权时。值得注意的是，民事权利是权利人可以自行处置或者放弃的，

^⑤ 陈兴良：为什么民事纠纷可以阻却财产犯罪？载《法律科学》2019年第2期。

因而，自杀行为和自主的安乐死，不构成刑事犯罪；民事权利受特定时空的限制的，如胎儿在遗产继承、接受赠与的场合享有民事权利，这种民事权利是有限的，在法律上胎儿不被认定为人，因而致孕妇流产不构成刑事犯罪。

3. 刑法中的侵犯财产罪。盗窃、抢劫、诈骗等这类犯罪无不侵犯财产所有权，首先需要运用民法关于所有权的规范评价被侵害对象的法律状态，才有可能正确确定犯罪性质。在实践中，是合理追债，还是寻衅滋事犯罪？根据最高院的规定，如果确有债权债务纠纷，合理追债不构成寻衅滋事犯罪。在这里，需要运用民法规则，评价债的存在和合法性，这个评价是确定行为是否构成寻衅滋事犯罪重要依据。

毫无疑问，民法规定对于正确定罪和出罪，都具有重大辅助作用，尽管是辅助作用，可以说，民法规定是罪行法定的不可或缺的重要依据。

（二）必要性：法秩序统一原理^⑥的必然要求

法秩序统一源于立法统一，各国立法毫无例外。刑法具有独立的法律地位，而且是显性的法律部门，是域外国家和地区的通例。尤其在我国，刑事立法从漫长的民刑不分走向独立，成为当下极为重要的独立部门。刑法作为独立部门值得尊重！

在国家的法律体系中，各部门法律用其独特的调整方式调整其独特的社会关系，因而可以划分为不同的法律部门。刑法作为部门立法，既有刑法典，也有附属刑法。如果独立考察附属刑法，该附属刑

^⑥ 参见陈兴良教授在云南大学的学术报告：《民法典》对刑法的影响与刑法对《民法典》的回应，2020年9月18日。

法在部门立法中得以存在，在于其规范是以特定的制裁规范、保障该部门立法得以落实。刑事制裁规范是单行立法保障落实的必备规范。如《铁路法》《森林法》等单行立法中的刑事制裁规范。广而视之，可见客观存在大量的刑事制裁规范分布在各个单行立法之中。如果将违反民法的犯罪归入民法也是符合逻辑的，各法律规范之间也会是和谐的。但是，这样的立法存在显而易见的问题——会使传统的、各国认同的刑法，因分散而丧失其独立性。这是难以想象的。

在轻罪立法成为趋势的今天，许多原属于行政法和民法调整的领域，正在逐步被纳入刑事规制的范围，一些行为还成为刑法和民法共同规制的对象，如“空中抛物”的行为。这类行为由刑事和民事共同规制，加强规制，适应了“高楼林立”中安全环境的需要。“高空抛物”这类违反民事法规的犯罪具有双重违法性，一是民法上的违法性，二是刑法上的违法性，违法性的程度轻重有别。盗窃罪侵犯财产所有权，被侵犯的财产所有权，是由民法规范的、受刑法保护的，因而，这类犯罪的违法性既有民法的，也有刑法的，重视程度上有区别。类似立法在《刑法修正案（六）》出台后，已经不再鲜见。然而，“刑法规范并不完全自治，而具有不完整性与不周延性，只有在民法及其他部门法的配合与协调下，刑法才能真正发挥其作用。”^⑦

违反刑事和民事法的这种二重性比较隐蔽。相比较而言，违反刑事和行政法的二重性则较为显性，多在立法条文中载明“违法国家法律的”、“违反行政法规的”等等。《刑法》第二百五十八条规定了重婚罪，该罪在民事上违反婚姻法，该条并没有载明“以违反婚姻法”为前提，实际蕴含了这个前提。同样的情形在刑事和民事立法中较为常见，如盗窃、抢劫、诈骗等犯罪，侵犯了财产所有权，刑法相关立

^⑦ 同注释⑥

法并没有载明“财产所有权”，又如故意杀人、故意伤害等犯罪，侵犯了生命权、健康权，刑法相关立法并没有载明“生命健康”，因为公民的财产所有权、生命权、健康权在民法典中有明文规定。“民法典是公民权利的大宪章，但民事制裁较为轻缓，公民的民事权利不仅依靠《民法典》的保护，也有赖于刑法的保护。”^⑧

遵循法律统一性原则的要求，法律秩序的统一才会有保障。法秩序统一不仅是一项立法原理，也应是一项司法原则。在统一的法律秩序下，统一的违法性包含民事违法、行政违法和刑事违法，尽管违法性的程度可能存在差异。一个在某部门法中违法的行为在其他部门法中不可能是合法的。因此，刑事审判实践中，需要培养刑民一体化思维，善于在刑法思维中兼顾民法思维。

总之，“在法律体系中，刑法处于保障法的地位，这样的地位决定刑法具有从属性，这样的地位也表明刑法定罪要受到民法的影响。”

（三）现实性：轻罪立法趋势的当然选择

何荣功教授指出：风险社会轻罪立法是一种趋势。伴随人员流动性增强、去中心化和风险增加，社会安全及其管理面临新挑战，刑法面临新问题，风险刑法应运而生。

何荣功教授认为，所谓风险刑法，是比处罚危险犯的方式更加早期的、周延的保护法益，进而为实现刑罚的积极的一般预防目的而形成的一种新的刑法体系。尤其自《刑法修正案（八）》的出台后，刑事立法开始迈向轻罪构建之路，犯罪门槛下降且轻罪数量增加，这一趋势成为刑事立法的重要特色。储槐植教授认为这是我国刑法开始走

^⑧ 参见何荣功：我国轻罪立法的体系思考，载《中外法学》2018年第5期。。

向现代化的标志。^⑨

刑法基于风险社会的预防策略，将打击的关口适当前移。一些危险行为纳入犯罪的规制，这个趋势在《刑法修正案（十一）》中表现较为明显。^⑩该修正案第三十三条，专条增设了高空抛物罪，规定：“禁止从建筑物中抛掷物品。”该规定与《民法典》第一千二百五十四条的规定极具关联。周光权教授认为，“关于法秩序统一性原理，绝对不能偏离的规则是：在民商法上合法的行为，不可能成为刑法上的犯罪。反过来说，唯有民商法所要反对的行为，才有可能成为犯罪行为。”这正是在《民法典》这一前置法中明确否定高空抛物的行为，民事责任认定有了明确态度后，刑法在新修订方案中才能基于与民法规范的保护目的相一致的场合，绝对从属于民法，而体现法秩序统一性的当然要求。这个意义上的民事违法和刑事犯罪是“烟”和“火”的关系。按照周教授的观点，如果某一个行为的认定在民商法上有争议，甚至该行为被民商法所允许或容忍，就可能成为“出罪”的理由。”

11

民法典对高空抛（坠）物的法律规定，明确了侵权后的法律责任，承担责任的方式视不同的情形分别规定了赔偿、补偿、追偿，还强调了物业服务企业等建筑物管理人员履行安全管理义务，尽可能地预

⑨ 同注释⑧

⑩ 同性质的还有，《刑法修正案（六）》新增的第 262 条之一组织残疾人、儿童乞讨罪，“刑修（八）”新增的第 205 条之一虚开发票罪，第 210 条之一持有伪造的发票罪以及“刑修（八）”新增、“刑修（九）”中进一步完善的第 133 条之一危险驾驶罪。而“刑修（九）”新增的属于该情形的有如第 120 条之三至之六规定的宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪，利用极端主义破坏法律实施罪，强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪，非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪，以及第 280 条之一的使用虚假身份证件、盗用身份证件罪，第 284 条之一的组织考试作弊罪，非法出售、提供试题、答案罪，代替考试罪和第 290 第 3 款、第 4 款分别规定的扰乱国家机关工作秩序罪，组织、资助非法聚集罪等。将原按照犯罪预备、帮助犯处理的行为正犯化。如“刑修（九）”增设的第 120 条之二准备实施恐怖活动罪，第 287 条之二帮助信息网络犯罪活动罪等。第四，新增罪名，将以往由职业道德规范或处罚不明确的行为犯罪化。比如“刑修（八）”新增的第 308 条之一泄露不应公开的案件信息罪，披露、报道不应公开的案件信息罪以及第 260 条之一虐待被监护、看护人罪等。面对新型社会问题，刑法新增轻犯罪类型。如“刑修（九）”新增的第 286 条之一拒不履行信息网络安全管理义务罪和第 287 条之一非法利用信息网络罪等。

11 周光权：处理刑民交叉案件需要关注前置法，载《法治日报》2021 年 4 月 7 日。

防此类侵权事件的发生。但是，高空抛（坠）物行为在某些地方成为顽疾，也并未引起许多行为人的重视，实践中屡禁不止，成为社会各界都非常关心的问题。民事侵权行为的治理包括赔偿、补偿、追偿，看似严密，但经常不足以弥补被害人的生命健康、物质损失及精神伤害，更造成恶劣的社会影响。民事责任的约束效果有限，威慑力远远还不够，还难以达到一般预防的法律效果，因此，刑法修正案（十一）将类似行为规定为犯罪，有助于维护公共秩序和公民的生命安全和身体健康，这是非常必要的。

民法典的规定与刑法修正案的衔接，在治理上做到多管齐下，综合运用各种法律手段。不断强化民法评价对刑事定罪的辅助作用，为审判实践提供更多元的纠纷解决机制。

对轻罪出罪受到社会关注，这类关注源于现实的教训。2018 年上映的国产电影《我不是药神》引起社会的强烈反响，也让电影原型“陆勇案”¹²中蕴含的法律问题产生了广泛讨论。“格列卫”这类并不危害人体生命健康，实际反而与正版药品成分一致的低价抗癌药，依据当时的《药品管理法》被认定为“拟制的假药”¹³，如果实际中陆勇对该药进行了合理利润的销售，正如电影中演绎的一样，很可能将会被以生产、销售假药罪为由予以刑事处罚。这种情形下，行政法对海关秩序的保护与刑法对人生命健康的保护成了两个相悖的法益，这类案件，在某些地区“打假”中被追究刑事责任不是个案。为了吸取这样的教训，从行政、民事的多角度分析刑事案件定罪量刑，应该是个积极举措。对何为假药？2019 年的《药品管理法》已经明确，

12 电影《我不是药神》是根据一位白血病患者陆勇的真实故事改编的。陆勇为病友从国外购买治疗白血病的药品，因为该药没有经过海关允许而进口并销售，该药品属于“拟制假药”，出现行政法保护海关秩序和刑法保护人身健康这两种不同的客体，在该案中实现了藤罗大转移，险些造成冤假错案，好在湖南沅江检察院撤回起诉。

13 旧版的《中华人民共和国药品管理法》第四十八条。

正视了诸如《我不是药神》这类故事的现实，正本清源，明确了假药的要素，将假药缩小为限定的四种类别，也即药品成份虚假，无法发挥其应有功效的药品。¹⁴这样修改，还假药以本来面目，明确假药危害人的生命健康的客观要求，为这类行为出罪提供了依据。由此，行政法和民法规范及其评价对刑事定罪的影响是显而易见的。

三、焦点关注：秉持法律秩序统一的原则

民事评价辅助刑事定罪，似有将两大法律部门割裂之嫌，实质在于维护法律秩序的统一。在同一法律系统之中，法律秩序必须是统一，也只能是统一的。

（一）维护法律秩序

法律与法律之间具有内在逻辑，因而互相协调，构成法律体系。维护法律体系内部法律秩序，司法机关实施法律必须协调，简单地说，假如一个行为在此部法律中合法，那么，在其他法律中也应该是合法的，这就是法律秩序协调的必然。如果这个行为在某个法律中合法，在其他法律中确是违法的，甚至是犯罪，这也许是立法的冲突，也许是司法的冲突，不论冲突是怎样形成的，都说明法律秩序受到破坏，这是不允许的，必须改变，否则，会危害法律体系的统一，将导致公民将无所适从。

民法评价合法的行为，不应该在刑法中被认定为犯罪。维护法律秩序统一，围绕民法评价辅助刑事定罪，最基本的要求是保证民法评价和刑法评价的一致性。遵循这个要求，可以推断行政违法、民事违

¹⁴ 新修订的《中华人民共和国药品管理法》按假劣药论处的情形被删除。

法和刑事违法应该具有一致性，尽管违法的程度不同内容有别，在民法中违法的行为，在刑法中不可能是合法的。

法秩序统一不仅是立法的要求，也应司法的要求。本文前述的案例中为实现土地使用权的买卖，采取转让或出卖公司全部股权的方式从而得到土地使用权的做法，在民法和公司法上是合法有效的，实践中成为通常的操作模式。这类操作，股权转让的形式和内容是合法的，不可套用《刑法》第二百二十八条进行刑事追究，否则，违背法律秩序统一的原则。

法秩序统一性原则应包括以下内容：¹⁵民事合法的行为不应按照犯罪处理；民事不法的行为未必构成犯罪；民法保护的利益应当受到刑法的认可；民法否定的利益不应受到刑法的认可。

（二）关注轻罪处置

轻罪立法具有法治正当性。不能仅仅从表面上看轻微罪名增加，还应该看到，将某些由行政法和民法规制的行为纳入刑法调整。《刑法修正案（六）》颁布后，轻罪立法加快了步伐，犯罪将会呈增长趋势，“醉驾”入刑后案件大幅度增长。据有关方面披露，¹⁶“醉驾”案件每年大约 30 万件。震慑效果有限，一般预防效果猜强人意，还导致司法资源不足，司法机关难以承受，因此“醉驾”的处置在实践中出现了轻缓。此外在立法中，对于危险驾驶罪配置的法定刑是“处拘

15、杜邈：刑民交叉型诈骗犯罪的司法认定，载《中国刑事法杂志》2020年第3期。

16、数据显示，截止2016年危险驾驶罪施行五年之际，全国公安机关共查处饮酒后驾驶机动车违法行为247.4万件。[37]2015年，江苏全省各级法院共受理各类案件163万余件，一审审结的刑事案件有7万余件，其中约有1万件为醉驾案件，占全年刑案的七分之一。[38]在广州市，2011年5月至2017年10月，全市基层法院受理醉驾型危险驾驶案件14233件，占同期基层法院受理刑事案件总数的13.6%，部分市辖区甚至高达20%—30%。广州市中级人民法院审理的醉驾型危险驾驶二审案件占有所有二审刑事案件的比例超过10%。[39]从全国范围看，2018年《最高人民法院工作报告》也显示，2013年至2017年，全国检察机关共起诉717.3万人，较前5年上升19.2%，其中，危险驾驶罪起诉73.7万人，占整个起诉案件的10.27%，且绝大部分案件系醉驾案件。

役，并处罚金”；对于使用虚假身份证件、盗用身份证件罪以及代替考试罪，立法配置的最高刑也只是拘役，以制度性地保证罪责刑相适应。刑事审判实践要领会立法精神，体现立法意图，在立法轻罪化背景下做好处置。

在实践中，最高人民法院已经在常见犯罪的量刑指导意见(二)中规定，“对于情节显著轻微危害不大的，不予定罪处罚；犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。”¹⁷面对轻罪立法后犯罪门槛降低，立法需要配套制度，要相应增设轻微刑罚制度，构建前科消灭制度以及完善司法出罪机制，避免刑罚处罚的大量增加。

古代儒家的慎刑观具有当代价值。在古代，周人对殷商刑治的反思与慎刑的提倡，诠释了刑罚治理给整个社会带来的副作用。如，《礼记·缙衣》认为苗民的“五虐之刑”造成“民有恶德，遂绝其世”，贾谊揭示秦法“刑罚积而民怨背”（《汉书·贾谊传》）。这些观念对儒家影响深刻，儒家认识到刑治可能导致社会崩溃。因而，即使法家的重刑主义是中国传统法律文化的重要特征，但儒家的慎刑主张也不失为缓解良剂。在儒家看来，“不教而杀谓之虐，不戒视成谓之暴”（《论语·尧曰》），刑罚针对违法行为所施加的制裁，只关注被刑罚体系圈定的行为方式，对内心动机、意志认识、情境因素等诸多层面都缺乏应有审视。以国家强制力为保障的法制刑罚，很难深入到社会全方位调控，留下诸多治理盲区。¹⁸儒家注意关切社会结构与家族伦理、家庭纽带的作用，认为教化缺位的刑罚治理，最终将导致“刑

17 2017年《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》中规定：“对于醉酒驾驶机动车的被告人，应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况，准确定罪量刑。

18 西方先哲柏拉图亦认为，法律不可能完全准确地，在任何时刻给社会成员作出何谓善德、何谓正当的规定。【古希腊】柏拉图：《柏拉图全集》（第1卷），人民出版社2003年版，第145页。

繁而邪不胜”¹⁹。黥面劓足，屣贱踊贵²⁰。打击犯罪是必须的，但是，累积过多的刑满释放人员也值得警觉。

(三) 落实出罪制度

立法规定了一系列的出罪制度。不仅刑法有“但书”立法，还有正当防卫、紧急避险的规范，还列举了“不以犯罪论”的若干情形；除此之外，刑事诉讼法也有出罪的规定，比如不追究刑事责任²¹和自诉案件可以调解和解²²，还有酌定不起诉制度。²³酌定不起诉是典型的出罪的机制。这些规定，承担着刑事诉讼上的出罪功能。²⁴

出罪机制落实不好。需要正视，刑事审判中落实这些规范做出罪处理的并不多见，法院宣告无罪的案件很少。据最高人民法院披露，法院系统近五年宣告无罪的案件，2017年1076件、²⁵2018年4874件、²⁶2019年819件、²⁷2020年1388件、²⁸2021年1040件，²⁹有些由审判委员会研究要宣告无罪的案件，被公诉机关做撤诉处理。值得一提的是不起诉制度，司法实践中除了针对未成年人、偶犯、初犯、过失犯罪、防卫过当和避险过当等情形外，不起诉的适用率非常低，法

19 叔向反对子产铸刑书，认为社会治理之关键在于个人的道德自觉，法律只能禁邪止恶。见《左传·昭公六年》。

20、先秦·左丘明《左传·昭公三年》：“国之诸市，屣贱踊贵，民人痛疾。”原指被砍郛的人很多，致使鞋子价贱而踊价贵。后形容刑罚既重又滥。也比喻犯罪的人多。

21 《刑事诉讼法》第15条。

22 《刑事诉讼法》第206条。

23 《刑事诉讼法》第173条第2款。

24 何荣功：我国轻罪立法的系统性思考，载《中外法学》2018年第5期，

25 2017年最高院工作报告：坚持罪刑法定、疑罪从无，保障无罪的人不受刑事追究，对656名公诉案件被告人和420名自诉案件被告人依法宣告无罪。

26 2018年最高院工作报告：深刻汲取教训，出台防范刑事冤假错案指导意见，落实罪刑法定、证据裁判、疑罪从无等原则，对2943名公诉案件被告人和1931名自诉案件被告人依法宣告无罪。

27 2019年最高院工作报告：落实罪刑法定、疑罪从无等原则，依法宣告517名公诉案件被告人和302名自诉案件被告人无罪。

28 2020年最高院工作报告：坚持罪刑法定、疑罪从无、证据裁判，依法宣告637名公诉案件被告人和751名自诉案件被告人无罪。

29 2021年最高院工作报告：坚持罪刑法定、疑罪从无、证据裁判，依法宣告656名公诉案件被告人和384名自诉案件被告人无罪。

院宣告无罪的非常之少，需要在审判实践中反思。

要重视出罪机制落实。轻罪立法成为趋势的当下，轻罪立法放宽了犯罪入口，降低了入罪门槛，出罪门槛需要相适应，以控制刑事审判增加过多，以控制社会成员中罪犯身份过多，力避“赭衣塞路，”“囹圄成市。”“建立出罪的系列措施，可以考虑在制裁危害行为的各个环节，在进入审判阶段前，构建相应的出罪制度。如，考虑在侦查阶段推行警察训诫和撤销案件的导向；在起诉阶段扩大酌定不起诉的适用范围，增设暂缓不起诉制度；应该重视不起诉的积极适用，可诉可不诉的不诉。在审判阶段除保留刑事调解制度外，增加缓予刑事宣告制度。”³⁰通过出罪机制体现刑法谦抑性，保持轻罪立法有规范、有威慑，需要尽量减少实际用刑。

完善司法出罪机制，需要切实落实“谁主审、谁负责”的案件质量责任制，用责任制的落实以杜绝出罪的滥用，用这项改革措施指导法官从自身职业安全正确落实出罪制度。

结语

基于维护法律秩序统一的要求，刑事审判中对行为性质的认定，有时需要顾及民法的基本态度。落实这个要求，并非否定刑事审判对违法性的独立判断。刑事审判的独立判断是相对的，是在维护法律秩序统一的前提下的独立判断，借助民事判断的辅助作用，慎重出罪，准确定性，适当量刑，保证刑事审判的办案质量，刑事审判独立才有其独立的价值。

30 何荣功：我国轻罪立法系统性思考，载《中外法学》2018年第5期。