



处理刑民交叉案件需要关注前置法

前沿关注

□ 周光权（清华大学法学院教授）

刑法和民法、行政法等前置法的关系极其密切。对此，从刑法修正案（十一）第二十三条所增设的高空抛物罪中就可以清楚地看出来。民法典第一千二百五十四条规定，禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任；经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿。物业服务企业等建筑物管理人应当采取必要的安全保障措施防止前款规定情形的发生；未采取必要的安全保障措施的，应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任。对高空抛（坠）物行为，公安等机关应当依法及时调查，查清责任人。高空抛（坠）物行为危及老百姓“头顶上的安全”。民法典第一千二百五十四条对于高空抛（坠）物的法律规定，既明确了侵权后的法律责任承担问题，也要求物业服务企业等建筑物管理人履行安全管理义务，尽可能事前防止此类侵权事件的发生，还规范了事后的积极调查，充分体现了相关法律制度的系统性和公平性。但是，高空抛（坠）物行为在某些地方成为顽疾，成为社会各界都非常关心的问题，在治理上需要多管齐下，综合运用各种法律手段，因为民事侵权行为的治理手段毕竟效果有限，不足以发挥法律的一般预防效果，而且侵权责任赔偿在有的时候不足以弥补受害人的物质损失，更难以抚慰被害人及其家属内心所受的伤害。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。

既然刑法和前置法的关系如此密切，那

么，处理刑民交叉案件，势必就绕不开不同部门法背后的法秩序统一性原理。要遵循法秩序的统一性，就要防止将前置法不具有违法性的行为，在刑法上认定为犯罪。法秩序统一性要求在处理某一件事情时，所有的规范秩序不能相互矛盾，如果民法上合法的行为在刑法上被认定为犯罪，公众就不知道该如何行事。法秩序统一性原理是处理不同部门法之间的矛盾时应遵守的基本规则，具有不可动摇的性质，所有部门法的执行都应当贯彻该原则。

关于法秩序统一性原理，绝对不能偏颇的规则是：在民法上合法的行为，不可能成为刑法上的犯罪。反过来说，唯有民法所要反对的行为，才有可能成为犯罪行为（当然，由于刑法的构成要件设计上存在缩小处罚范围的政策考虑，因此，民法上的违法行为中只有极少数部分最终被作为犯罪处理）。在刑法与民法规范的保护目的相一致的场合，刑法应当绝对从属于民法，这是法秩序统一性的当然要求。换言之，在民事违法不存在时，应当当然否定待处理案件中行为的犯罪性；行为具有民事违法性时，也只是为定罪提供了“底层支撑”，这个意义上的民事违法和刑事犯罪是“烟”和“火”的关系。这样说来，如果某一个行为的选择在民法上有争议，甚至该行为被民法所允许或容忍，就可能成为“出罪”的理由。

由于前置法的影响，在犯罪认定时需要关注以下内容。

首先，要考虑前置法所界定的处罚范围。例如，生产、销售假药罪的行为对象是假药。对于假药的认定，原药品管理法持宽泛态度，包括真正的假药和“按照假药管理”的情形。但是，2019年修订的药品管理法缩小了处罚范围，将假药限定为药品成分虚假，完全无法发挥其应有功效的药品。根据修订后药品管理法第九十八条第2款的规定：有下列情形之一的，为假药：（一）药品所含成份与国家药品标准规定的成份不符；（二）以

非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品；（三）变质的药品；（四）药品所标明的适应症或者功能主治超出规定范围。前置法的这一修改，自然会带来刑事处罚范围的缩小（生产、销售劣药罪也有相同的问题）。

其次，要判定民法上的权利归属能否被确定。在实践中，由于很多民事权利不是一眼看上去就能够确认的，如果被害人的权利难以被民法所认可，要判定另一方当事人的行为属于侵权性质的犯罪行为就极为困难。这一点在侵犯知识产权犯罪等侵权类案件中表现得特别充分。例如，商业秘密的权利归属存在争议的，定罪基础就当然地被动摇。如果在案证据表明，相关技术信息是由被告人自行研发和设计出来的，研发者和委托人之间存在权利争议，要指控被告人构成犯罪就存在很大障碍。换言之，如果商业秘密权利人究竟是谁在民事上存在较大争议，就不宜通过刑事案件予以处理，否则就会冲击法秩序统一性原理。

最后，要审查民法对于行为性质的基本取向。民法对于行为性质有明确界定时，刑法上的判断就可能受到一定程度的制约，此时，刑法判断的独立性可能无从谈起。按照现行有效的司法解释，对于非法集资主要用于正常的生产经营活动的，在处刑上尽量从宽。但是，如果考虑商法尤其是商业银行法的立场，对本案被告人是否可以作无罪处理，也还是值得研究的。由于非法吸收公众存款罪是破坏金融秩序犯罪，行为入非法吸收的是公众的“存款”，而不是非法吸收公众的“资金”，所以，按照法益保护的原理，行为人必须是将吸收的存款用于信贷目的，即吸收存款后再发放贷款（用于货币、资本的经营），有进有出的，才有可能构成本罪。惟其如此，该行为才是仿照金融机构的模式运作（根据商业银行法第三条的规定，商业银行的运营模式是吸收公众存款，发放短期、中期和长期贷款），也才可能对合法的金融机构即银行正常发放贷款这一业务的开展有冲击、有影响，才



能危及金融秩序，因而，才应以犯罪论处。如果行为人将非法吸收来的资金不是用于从事金融业务，而是用于正常的生产、经营活动的，即便资金用途有所改变，也不应当构成本罪。所以，吸收资金的用途是否改变，并不足以影响定罪，司法上不能以此为由将合法的募集资金行为认定为非法吸收公众存款罪。最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条第3款的相关规定（非法吸收或者变相吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金，可以免于刑事处罚；情节显著轻微的，不作为犯罪处理），其实也是为了表明审判机关的下述立场：即便是非法吸收公众存款，改变其用途的，通常也不定罪。如果是依法募集的资金（例如，依法发行私募基金等），其用途被改变的，应该在民事违约的范围内解决，实务中不当以资金用途被改变这一孤立事实去反推犯罪的成立。

世说新语

技术进步是社会进步最根本动力



《新民周刊》第1131期文章《从“天眼”开始，大科学装置建设进入“大时代”》中写道：天眼的建设没有现成的“样板”可以复制，在大山之中，建设者们所做的每一步推进都是“逢山开路、遇水搭桥”的创新。我国天眼的建设，将中国大科学装置工程的建设水平向前大大推进，继天眼之后，一批大科学装置投入建设。有了天眼的成功经验，我国的工程师在大科学装置建设上有了更多的自信，更多的科学梦想将陆续实现。

大科学装置也称大科学设施，是指通过较大规模投入和工程建设来完成，建成后实现重要科学技术目标的大型设施。大科学设施无疑对推动人类科学技术的发展有着独特的作用，但同时由于建设难度大，技术复杂，建设中需要研制大量非标设备，对工程建设能力提出了更高的要求。大科学装置，还是国家科技竞争力的体现。技术进步是社会进步最根本的动力，中国的大国工程，不仅服务于人们的日常生活，也要面向未来，给未来人们的发展开拓更大的空间。

独居作为一种新的生活方式兴起



《三联生活周刊》第1130期封面文章《一个人住》中写道：通过大量的采访发现，新一代独居年轻人的故事，不仅混合着独立与孤独、生存与陪伴、自洽与自尊，也是大城市里人与人的故事。那么，独居到底是当下年轻人短暂的人生阶段，还是一种将会改变社会结构的真正的生活方式？

2020年，民政部公布了一组数据，2019年我国的单身人口高达2.6亿，超过英、法、德三国人口总数，其中8000万处于独居状态，预计到2021年，这一数字会上升至9200万。随着城市化发展、个人主义兴起、女性地位提高、网络社交发展、寿命的延长，独居早就作为一种新的人口结构模式和新的生活方式在全球范围兴起。从1996年到2006年，全球独居人口从1.53亿增长到2.02亿。2014年，丹麦、芬兰和瑞典三国独居者所占比例分别高达40.5%、40.8%和39.9%。2015年，超过50%的美国成年人正处于单身，独居人口占美国户籍总数的28%，这意味着独居者已经仅次于无子女的夫妻家庭，成为美国第二大户籍形式，远远超过核心家庭（夫妻与未婚子女共同居住）、多代复合式家庭、室友同居以及老人之家。

大厂从表面上看代表着一种自嘲



《南风窗》2021年第4期封面文章《大厂加班青年》中写道：大厂，这是我国工薪族近几年发明的一个流行词汇。从表面上看，它代表着一种自嘲，背后是犹如车间作业般的高强度工作，年轻的程序员焚膏继晷地写着代码，地推销售人员则抛弃双休，整日奔波于写字楼，甚至线下小巷。对很多人来说，看不到头的加班，时常让人身心俱疲。

然而，大厂也有光鲜的一面。从某种意义上讲，一个“厂”字无疑代表着“权力”以及一种职业上的优越感。在帝制时代，皇帝直属的特务组织也被冠以“厂”字，如东厂、西厂。它们拥有凌驾于芸芸众生的超然力量。“厂”代表着成熟有序的流程规范，也代表迅速壮大带来的规模优势，更代表着一种TMT (Technology Media Telecom) 行业内部的互相认同，这种认同可以看作是相对于那些传统行业的某种优越感。的确，TMT刚好是我国近十年来增长最迅速的头部行业，这里诞生了最炙手可热的老板阶层、最高薪酬的经理人集团以及“靠工资买房”可能性最大的工程师和销售人群体。

然而，可观的时薪、优越的福利和看涨的期权，并不必然意味着一个行业的完美，更不意味着行业内部某些文化的必然正确性——即便在这个成功即正义的时代，也是如此。

（赵珊珊 供稿）

股权转让行为的法理认知



前沿话题

□ 钱玉林

（一）如何定义股权转让？

公司立法上，对“股权转让”并没有任何概念性的解释。原合同法（包括民法典合同编）也未将股权转让合同作为有名合同加以规定。公司法第三章所称的“股权转让”是何意义，在学理上存在不尽相同的认识：一种观点将股权转让类推为合同法上的买卖合同，即承认股权转让合同并非单纯的负担行为，而是包含股权变动在内的合同行为。另有一种观点认为，公司法第七十一条所称的“股权转让”应是指约定原因的转让，即合同行为，将股权转让合同解释为单纯的债权行为。

两种观点的共同点在于：股权转让是一种法律行为，具体而言是一种合同行为；但两者的主要分歧在于：前者认为股权转让合同是一种包括股权变动在内的合同行为，而后者则认为股权转让合同仅仅是指债权行为，并不包括股权变动的准物权行为在内，股权转让合同和股权变动两者是区分的。司法裁判中，对于股权转让行为的理解也同样存在着类似的观点。

理论和实务中所持的以上两种不同观点，无疑是民法理论上有关债权行为（负担行为）与物权行为（处分行为）的不同理解在股权转让问题上的体现。如果采纳物权行为的理论，则意味着股权转让合同仅限于在债权行为的范畴，股权变动则属于准物权行

而非法律意义上的处分行为，它是股权归属于受让人的一种结果；而股权转让合同则是引起股权转让的一种法律事实，因其以当事人意思表示为要素，并在当事人之间产生债权债务，所以它属于法律行为性质的债权行为。

据此，股权变动具有两个特性：其一，股权变动仅仅是一个事实行为，只有与债权合意（物权合意）结合起来，才相当于物权行为理论意义上的处分行为；其二，股权变动只是股权转让合同全面履行的结果，未完全脱离于股权转让合同的范畴。用物权行为理论解释和论证股权转让合同的效力与处分行为的效力之间的关系，这一裁判逻辑赖以建立的制定法基础实际上是缺失的。而将公司法第七十一条规定作为认定股权转让合同效力的依据，则混淆了合同的生效与合同的履行之间的关系，同样是难以证成的。

债权行为与物权行为是基于财产行为的分类，而股权是一项综合性的权利。公司法第七十一条对外转让股权的规定实质上是对具有人身属性的股东资格的限制，而非对股权财产性权利的限制。因此，公司法第七十一条难以成为股权处分行为效力的裁判法源。

在现行公司法下，股权转让合同的效力应依照民法典合同编的规定来认定；而对于股权转让合同的履行，民法典合同编有关合同履行的规则与公司法第七十一条规定共同构成其规范体系。如果股权转让合同的履行不能满足公司法第七十一条之规定，则构成股权转让合同履行的障碍。所以，针对公司法第七十一条有关股东对外转让股权的规定，理论上真正需要着重研究的问题是股权转让合同如何得以全面履行。

公司法第七十一条的规范意旨与修正方向

（一）股权属性的裂变与“人合性”维系的维度

公司法第七十一条规定的“其他股东过半数同意”和“股东优先购买权”，其立法宗旨

就在于维护公司股东的“人合性”利益。对有限责任公司而言，股权转让与股权转让限制之间的关系，实际上是股东财产权保护与公司“人合性”维护之间的关系。股权的财产性权利和股东资格能够分离，而且股权中的财产性权利也能够单独转让。当然，这并不意味着“人合性”的维系一定要以牺牲股权财产性权利的自由转让为代价。一个可行的路径是，立法上不妨对股东资格保有人课以受信托人的义务，以解决其背信弃义的问题。

（二）公司法第七十一条的修正方向

第一，协调好与民法典合同编的适用关系。股权转让合同是否全面履行以及是否要承担违约责任，首先要适用公司法第七十一条规定，其次才适用民法典合同编有关合同履行和违约责任的规定。为避免在适用法上的分歧，修订公司法时可以明示公司法第七十一条仅在规范股权转让合同的履行和股权转让人违约责任立法意义。

第二，维护公司的“人合性”与股权转让自由之间的平衡。立法上对股东优先购买权作出强制性规定的理由并不充分，相反，公司或其他股东的同意程序，恰恰是立法上需要重点规制的对象。依照现行公司法规定的同意程序，股东的多数决并不能发挥控制股权流向、保持公司封闭性的功能，股权转让自由与公司“人合性”的维护之间是失衡的。公司法修订时，可参酌《日本公司法》的立法经验，增加规定其他股东过半数不同意转让时，公司应回购或者指定第三人受让股权，以尊重股东多数决在维护公司“人合性”方面所作的决定。

对于股权财产性权利的单独转让，立法上有必要对此作出回应。一是承认其财产法上的效力，允许其单独转让，但受让人并不能因此取得股东资格；二是赋予受让人向公司请求取得股东资格的权利。同样可以借鉴《日本公司法》有关已取得转让受限股份的股份取得人的规定，在公司法修订时，增加规定其他股东过半数不同意时，适用与股权转让转让相同的规则，即公司应回购或指定第三人受让该股权。这样，公司法律关系得以确定而稳定。