

国枫周刊

GRANDWAY WEEKLY



GRANDWAY

2022年第7期

总第671期

2022/03/04



春
雷
鸣
耳

万
物
新
生

北京国枫律师事务所（北京 - 上海 - 深圳 - 成都 - 西安 - 香港）

Grandway Law Offices (Beijing-Shanghai-Shenzhen-Chengdu-Xi'an-Hong Kong)

地址：北京市东城区建国门内大街26号新闻大厦7层

Address: 7/F, Beijing News Plaza, NO.26 Jianguomenneidajie,

邮编：100005

Dongcheng District, Beijing, China, 100005

电话：010-66090088/88004488

Tel: 86-10-6609-0088/8800-4488

传真：010-66090016

Fax: 86-10-6609-0016

网址：www.grandwaylaw.com

Website: www.grandwaylaw.com

（本周刊仅供本所内部交流及本所客户参阅之用）

目录 CONTENTS

国枫动态 GRANDWAYLAW NEWS

- ◆ 国枫荣誉 | 国枫多项业务领域及多位律师载誉 DAWKINS 资本市场客户指南01
Grandway Law Offices' business areas and lawyers are honored in Dawkins capital market customer guide
- ◆ 国枫动态 | 国枫律所“碳中和背景下企业与金融机构 ESG 实践研讨会”成功举办03
Grandway Law Offices successfully held the "ESG practice seminar for enterprises and financial institutions in the context of carbon neutrality"

法制动态 SECURITIES INDUSTRY NEWS

- ◆ 证监会就《关于完善上市公司退市后监管工作的指导意见》公开征求意见05
The CSRC solicited public opinions on the Guiding Opinions on Improving the Supervision of Listed companies after delisting
- ◆ 银保监会与住房和城乡建设部印发《关于银行保险机构支持保障性租赁住房发展的指导意见》05
The CBIRC and the Ministry of housing and urban rural development issued the Guidance on Bank Insurance Institutions Supporting the Development of Indemnificatory Rental Housing
- ◆ 银保监会办公厅发布《关于扩大专属商业养老保险试点范围的通知》.....05
The general office of the CBIRC issued the Notice on Expanding the Pilot Scope of Exclusive Commercial Endowment Insurance
- ◆ 工信部：《工业和信息化部办公厅关于做好工业领域数据安全管理工作试点工作的通知》06
The Ministry of industry and information technology issued the Notice of the General Office of the Ministry of Industry and Information Technology on Doing a Good Job in the Pilot Work of Data Security Management in the Industrial Field

专题研究 RESEARCH ON CURRENT ISSUES

- ◆ 刑民交叉案件中合同效力的类型化研究07
Research on the type of contract effectiveness in criminal civil cross case

律所人文 GRANDWAY COMMUNITY

- ◆ “侠”与“法”14
"Chivalry" and "law"

◆ 国枫荣誉 | 国枫多项业务领域及多位律师载誉 DAWKINS 资本市场客户指南

Grandway Law Offices' business areas and lawyers are honored in Dawkins capital market customer guide

DAWKINS 是 Accurate Media 旗下专业评级机构，结合不断优化的国际评级体系及评选方法论，通过严谨且深入的调研，制作并发布多类报告，旨在促进亚洲资本市场信息交流的高效与透明，为持续成长的优质企业提供一站式专业服务机构选聘指南。2022 年 3 月 1 日，专业评级机构 DAWKINS 发布了 2022 年度“中国顶级律所排行榜”及“中国顶级律师排行榜”，国枫多项业务领域及多位律师载誉榜单。



【业务领域】

境内上市
消费
高科技

【上榜律师】



张利国
首席合伙人
推荐领域
境内上市



孙林
合伙人
推荐领域
境内上市



熊洁
合伙人
推荐领域
境内上市



周涛
合伙人
推荐领域
高科技

◆国枫动态 | 国枫律所“碳中和背景下企业与金融机构 ESG 实践研讨会”成功举办

Grandway Law Offices successfully held the "ESG practice seminar for enterprises and financial institutions in the context of carbon neutrality"

ESG 即环境 (Environmental)、社会 (Social) 和治理 (Governance)，是一套评估企业可持续发展能力的非财务类指标。ESG 自联合国全球契约组织 (UNGC) 于 2004 年首次作为一个完整的概念提出进入公众视野以来，在全球经历了快速的发展，已聚集了超过 1.2 万家企业，遵循 ESG 理念的投资机构资产管理规模超 100 万亿美元，已成为推动企业可持续发展的重要抓手。ESG 理念强调的企业要注重生态环境保护、履行社会责任、提高治理水平，与我国高质量发展主题不谋而合。“双碳”目标的提出进一步提升了各大企业和金融机构对于 ESG 的关注。

2022 年 2 月 25 日，由国枫律所、治吉科技与 TMF 联合主办了“碳中和背景下企业与金融机构 ESG 实践研讨会”。本期研讨会由行业内领先的 ESG 专家解读企业与金融机构参与 ESG 实践的机遇与挑战，并邀请了一线企业与金融机构嘉宾分享 ESG 实践的经验总结。



本次研讨会由国枫律所周晶敏律师主持，由联合主办方代表国枫律所刘倩律师、治吉科技李天晟先生与 TMF 李玮女士分别致开场辞。

治吉科技 ESG 首席研究专家李玮女士就《ESG 对于企业与金融机构的价值》议题进行了分享。李玮女士从碳达峰、碳中和等近期热点入手，介绍了 ESG 的基本概念，衍生到 ESG 在企业 and 金融机构的应用“可持续供应链”和“负责任投资”。

北京国枫（上海）律师事务所合伙人刘倩律师就《投资并购业务中的 ESG 法律问题及案例解析》议题进行了分享。刘倩律师从 ESG 所涉及的法律法规着手，结合法规介绍了涉及 ESG 的相关案例，并对重点案例进行了分析。

圆桌论坛由治吉科技董事总经理陈卓先生主持，就《资产管理机构的 ESG 投资实践》议题展开交流。

小苗朗程投资管理合伙人方正浩先生介绍了小苗朗程在 ESG 投资实践的展开，主要通过投资科技和技术驱动类企业，在投前的投资逻辑中就会关注企业提升产品质量的情况，从投后管理的角度从 ESG 方面对被投资企业进行推动。

睿星资本 Greystar 财务负责人江南先生介绍了 Greystar 对于 ESG 的投资策略，主要从投中及投后角度，帮助标的物业完成 ESG 的升级改造，提升标的物业价值。

朗姿韩亚基金管理部副总裁罗捷思先生介绍了朗姿韩亚基于其独特的股东结构，主要从投资者角度，推动 ESG 政策在投资阶段的开展。

TMF 基金服务商务总监陈新璞先生就《ESG 在私募股权中的应用与观察》议题进行了分享。陈新璞先生介绍了 TMF 在为客户提供服务时的一些实践。例如，基金监管被投资企业，定时要求被投资企业进行报告；GP 给被投资企业进行赋能，为企业提升 ESG 的履行度。

本次碳中和背景下企业与金融机构 ESG 实践研讨会为与会嘉宾呈现了一场极具专业特色又紧跟行业热点的分享，获得了与会嘉宾的高度赞许，并纷纷表示希望国枫律师事务所能够继续为客户和业内伙伴不断呈现高质量的专业盛宴。



◆ 证监会就《关于完善上市公司退市后监管工作的指导意见》公开征求意见

The CSRC solicited public opinions on the Guiding Opinions on Improving the Supervision of Listed companies after delisting

2月25日，中国证券监督管理委员会就《关于完善上市公司退市后监管工作的指导意见》公开征求意见。《指导意见》立足于落实《证券法》要求，推动形成一套符合退市板块功能定位、适合退市公司特点的制度安排，主要包括：1. 强化退市程序衔接；2. 优化退市公司持续监管制度；3. 健全风险防范机制；4. 完善退市公司监管体制。

◆ 银保监会与住房和城乡建设部印发《关于银行保险机构支持保障性租赁住房发展的指导意见》

The CBIRC and the Ministry of housing and urban rural development issued the Guidance on Bank Insurance Institutions Supporting the Development of Indemnificatory Rental Housing

2月25日，银保监会与住房和城乡建设部印发《关于银行保险机构支持保障性租赁住房发展的指导意见》。《指导意见》提出要构建多层次、广覆盖、风险可控、业务可持续的保障性租赁住房金融服务体系，加大对保障性租赁住房建设运营的支持力度。主要包括：1. 发挥各类机构优势，进一步加强金融支持；2. 把握保障性租赁住房融资需求特点，提供针对性金融产品和服务；3. 建立完善支持保障性租赁住房发展的内部机制；4. 坚持支持与规范并重，坚守风险底线；5. 加强支持保障性租赁住房发展的监管引领。

◆ 银保监会办公厅发布《关于扩大专属商业养老保险试点范围的通知》

The general office of the CBIRC issued the Notice on Expanding the Pilot Scope of Exclusive Commercial Endowment Insurance

2月21日，银保监会办公厅发布《关于扩大专属商业养老保险试点范围的通知》。《通知》决定扩大专属商业养老保险试点范围，进一步探索商业养老保险发展经验。《通知》表示：1. 自2022年3月1日起，专属商业养老保险试点区域扩大到全国范围。2. 试点范围扩大后，相关监管要求适用《中国银保监会办公厅关于开展专属商业养老保险试点的通知》规定。3. 各试点公司应当秉持长期经营理念，合理制定业务发展规划，有序推进各项工作。4. 各银保监局要加强与当地相关部门和单位的沟通协调，做好政策解读，营造试点发展的良好氛围。

◆ 工信部：《工业和信息化部办公厅关于做好工业领域数据安全管理工作试点工作的通知》

The Ministry of industry and information technology issued the Notice of the General Office of the Ministry of Industry and Information Technology on Doing a Good Job in the Pilot Work of Data Security Management in the Industrial Field

2月21日，工信部发布《工业和信息化部办公厅关于做好工业领域数据安全管理工作试点工作的通知》。《通知》规定：1. 明确数据安全管理部门和负责人，指导本地区工业企业开展数据安全管理工作；2. 加大对行政执法人员和企业培训力度，鼓励有条件的地区统筹建立专业执法队伍；3. 部工业领域数据安全管理工作试点工作组将根据工作推进情况，适时开展宣贯培训、现场指导、中期检查、总结评估等。

◆ 刑民交叉案件中合同效力的类型化研究

Research on the type of contract effectiveness in criminal civil cross case

刘华英 杭程

“刑民交叉”又称“刑民结合”或“民刑交织”，指刑事案件和民事案件由于特定因素关联而出现交叉或者并存的现象。在该类案件中，最频繁出现的当属涉合同犯罪的案件。合同是市场交易最重要最常见的法律形式，不少犯罪都源于合同中的违法行为。在涉合同刑民交叉案件中，涉案合同的效力认定问题是解决刑民交叉纠纷的重中之重。

传统观点在涉犯罪合同的效力认定上坚持当然无效说。但随着最高院公报案例“吴国军案”的公布，该说不再是司法实践中的唯一“真理”。在“吴国军案”中，法院认为合同效力的认定应尊重当事人的意思自治。行为人的不法行为虽构成非法吸收公众存款罪，但这并不必然导致借款合同无效。2015年最高院发布《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》），其中第十三条规定“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。”不过该司法解释只是针对民间借贷而言，并未就所有刑民交叉案件中合同效力做统一的规定，涉犯罪合同的效力问题仍需进一步讨论。

一、刑民交叉案件中的合同效力之争

（一）涉犯罪合同当然无效说

司法实践中对于刑民交叉案件中的合同效力存在诸多学说争议，其中最为主流的当属当然无效说。支持当然无效说的理由主要有两种，一种是基于法秩序统一的观点认为刑民交叉案件中的合同效力当属无效，另一种则是根据民法规范否认涉犯罪合同的有效性。

第一种观点基于法秩序的统一性否定刑民交叉案件中合同的有效性。该观点认为刑法规范与民法规范对同一案件的评价应是一致的，如果对同一案件事实刑法规范认为该行为构成犯罪而民法规范却认为涉案合同是有效的，这存在逻辑上的矛盾。而且，有观点进一步认为在民刑交叉案件中，

民事法律行为因缺乏真实的意思表示而无效。在该类案件中，行为人既没有想与对方发生民事法律行为的意思表示，也没有期望产生民事法律行为的法律效果，因此合同应归于无效。

认为刑民交叉中合同无效的另一种观点则是基于民法所规定的合同无效事由认定涉案合同无效，具体又可以分为三类。第一类观点认为，在刑民交叉案件中行为人的行为构成犯罪，其利用合同的不法行为具有社会危害性，损害了国家利益，合同因属于“以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益”的情形而无效。第二类观点认为，合同只是行为人实行不法行为的掩饰，行为人缺乏订立合同的意思表示，属于无效事由中“以合法形式掩盖非法目的”情形。第三类观点则认为刑法规范属于“强制性规定”，刑民交叉案件中合同因违反法律法规的强制性规定而无效。

（二）当然无效说之辩驳

当然无效说认为刑民交叉案件中的合同无效，这一方面是受传统刑事主导观点的影响，但另一方面也是希望借此将被害人的损害恢复到合同签订前的状态，从而保护被害人。但事实上，有时候在刑事案件中认可合同的有效性反而更能保护受害人的合法权益。在借款纠纷涉嫌刑事犯罪的案件中，如果此时一刀切地认定借款合同无效，那作为从合同的担保合同也将归于无效，被害人的损失反而无法得到有效救济。个人才是自己最佳利益的判断者，由被害人根据自身利益决定是否继续受合同拘束，才能最充分地尊重和保护被害人的利益。

刑法规范与民法规范应统一于整个法秩序，但在刑民交叉案件中仍应遵循部门法自治的法律适用原则，在各自部门法的规范内解决问题。^①一方面，某种案件事实符合民法规范并不意味着不得再适用刑法；另一方面，刑法规范并不当然影响民事行为的有效性。否则，民法自身的规范秩序将会受到过分干涉，从而发生紊乱。刑民交叉案件中刑法规范与民法规范彼此独立而又相互联系，我们应看到犯罪对合同效力认定的重要影响，但在合同效力的认定上仍要坚持以民法规范为判断标准，切忌让刑法规范过度干涉民事法律行为的效力。

当然无效说另一依据是基于民法规定的无效事由否认刑民交叉案件中合同的有效性，该观点以民法规范为认定合同效力的标准，值得肯定，但仍存在诸多问题。首先，刑民交叉案件中合同不因

^① 叶名怡. 涉合同诈骗的民法规制 [J]. 中国法学, 2012 (1) : 132.

受欺诈损害国家利益而无效，该观点不当地将欺诈行为与受欺诈的法律行为混为一谈。同时，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）已舍去《合同法》中欺诈、胁迫损害国家利益会导致合同无效的规定，今后法院不可再用此理由直接否认合同的有效性。其次，涉犯罪合同并不因“以合法形式掩盖非法目的”而无效，该情形实质上是指虚假表示行为无效。虚假表示行为因缺乏真实的意思表示而无效，而隐藏在虚假表示之下的隐藏行为则根据法律行为的效力规则确定其效力。并且《合同法》中的此项规定已被《民法典》所更改，《民法典·总则编》对于虚假表示和隐藏行为作出了新的规定。最后，合同并不因“违反法律行政法规强制性规定”而无效。根据司法解释规定，“强制性规定”是指效力性强制规定。刑法显然属于强制性规定，但是否属于“效力性强制规定”仍需要结合具体刑法规范所保护的目的是进行判断。如在非法吸收公众存款罪中，刑法禁止的是行为人扰乱国家金融秩序向不特定对象吸收存款的行为，并非对借贷合同的效力予以否定性评价。不可将刑法规范一律认定为效力性规定，否则有违刑法的谦抑性，更可能扰乱经济秩序。^②

二、涉合同刑民交叉案件的类型化分析

（一）类型划分的必要性

刑民交叉案件中合同究竟是何效力？除了司法实践中的当然无效说，学者们还提出了效力待定说和折衷说等诸多学说。合同有效论者认为刑事犯罪和民事合同分属于两种不同的规范调整，在有些犯罪中合同完全可能是有效的。最为典型的就提到上文所提到的非法吸收公众存款罪。效力待定论者则认为民事合同会受到刑事犯罪的影响，如在诈骗类犯罪中，行为人的不法行为若在刑法上构成诈骗类犯罪，那涉案合同也应构成民事欺诈，二者在构成要件上并无本质的不同。^③在民法上，通过欺诈手段订立的合同一般属于可撤销的合同，所以在诈骗类犯罪中涉案的合同也为可撤销的合同。

上述的这些学说都具有一定的合理性，也都以相应的民法规范为依据进行合同效力的认定。只是他们从单一的个别罪名出发去认定刑法交叉案件中合同的效力，得出的结论过于片面，不具有一般性。因为涉犯罪合同的效力形式是多样式的，任何效力形式单一的结论都难谓正确。以涉诈骗罪

^② 刘宪权、翟寅生. 刑民交叉案件中刑事案件对民事合同效力的影响研究 [J]. 政治与法律, 2013 (10) : 48.

^③ 张明楷. 不当得利与财产犯罪的关系 [J]. 人民检察, 2008 (13) : 25.

的合同为例，若只是普通的诈骗，行为人存在虚构事实隐瞒真相的行为，依据《民法典·总则编》第一百四十八条的规定，合同属于可撤销的合同；若是涉嫌违禁品买卖的诈骗，行为人将面粉当做白粉出售给他人，此时合同则因标的物违法而属于无效合同。尽管案件刑事部分涉嫌的都是诈骗罪，但民事部分合同的效力却截然不同，造成这种现象的原因有很多：第一，在民法中合同的效力形式是多样的，存在有效、无效、效力待定、可撤销等多种效力形式，并非简单的“无效”与“有效”间的二元对立。第二，造成合同存在效力瑕疵的原因是多种的，比如合同无效的原因可能是合同标的违法，也可能是意思表示有瑕疵，还可能是行为主体缺乏相应的行为能力。第三，刑法中犯罪是多形式的，存在诸多罪名，各罪名维护的法益不同，规范和保护目的也各不相同。第四，各犯罪对于合同的影响是各不相同的。由于以上这些原因，涉犯罪合同效力呈现出多种形式，再加上相关案件中的刑民法律关系相互纠缠，即使摒弃了当然无效说，涉犯罪合同的效力认定依旧困难。因此有必要依犯罪对合同效力的影响不同将涉合同刑民交叉案件进行类型化分析，以减轻刑民交叉案件中合同效力认定的难度。

（二）涉合同刑民交叉案件的类型划分

关于刑民交叉的案件存在多种分类方法，不少学者都提出了颇具建设性的方法。江伟教授以法律事实为基础将案件分为三种类型。第一类是法律事实不同，但彼此间有牵连关系而形成的刑民交叉；第二类是法律事实相同，但难以判断是刑事案件还是民事案件；第三类则是因同一法律事实同时侵犯了刑民法律关系而产生的刑民交叉法律关系。^④于改之教授则是以法律事实为基础，将刑民交叉案件分为法律事实竞合和法律事实牵连两大类。^⑤杨兴培教授则是基于法律关系将刑民交叉案件分为三种类型。一是案件虽具有刑民交叉的形式，但本质上仍是民事案件；二是刑民法律关系是纵向的包容重合的关系；三是刑民法律关系是横向同位并列的关系。这是目前较为主流的三种划分方法，其主要分歧有二点。分歧一在于以何为依据对刑民交叉案件进行类型划分；分歧二在于对刑民交叉案件进行几种划分。

分歧源于学者们对于刑民交叉的本质认识不同。有学者认为刑民交叉的本质是刑民法律关系的

^④ 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.

^⑤ 于改之. 刑民交错案件的类型判断与程序创新 [J]. 政法论坛, 2016 (3) : 145.

交叉，^⑥还有学者则认为是刑民法律事实的交叉。^⑦本文认为，在我国当前的法律语境下，刑民法律关系的构造存在较大区别，二者难以完全重合，在实践中二者更多是部分构成要件要素的重合。若将法律关系作为刑民交叉的本质会不当缩小刑民交叉案件的范围，将一些典型的刑民交叉案件排除在外。如根据《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》第四条规定，个人借用单位盖有公章的空白合同以单位的名义进行犯罪活动但利益归个人的，不仅追究借用人的刑事责任，出借人也需承担赔偿责任。该情形中刑民法律关系并不存在交叉，但这却是一种典型的刑民交叉案件。而法律事实则指能引起法律关系产生、变更或消灭的原因。不同的法律事实会产生不同的法律关系，同一法律事实也可能引发不同的法律关系。在逻辑上，如果法律事实没有交叉，自然也不会有法律关系的交叉。只有将刑民交叉的本质认定为法律事实的交叉才可以合理划分刑民交叉的范围。事实上，法律事实才是刑民交叉的共有属性，是刑民交叉的本质，以法律事实为依据才能更好区分案件的刑事部分与民事部分。

本文以法律事实为依据可以将涉合同刑民交叉案件分为同位并列型和包容重合型两种类型。在同位并列型刑民交叉案件中存在多个法律事实，民事法律事实与刑事法律事实间仅具有牵连关系。该类案件虽表面上会同时受到民法规范和刑法规范的评价，但实质上两个规范在评价时是彼此独立的，是分别基于不同的法律事实而产生的两种评价。而在包容重合型刑民交叉案件中，同一法律事实受到民法规范和刑法规范的双重评价，二者是种包容竞合的关系。由于此时刑法规范与民法规范是对同一法律事实进行评价，二者间原则上将会产生相应的联系。通过这种划分以降低刑民交叉案件中民事合同认定的难度。

三、类型划分下涉犯罪合同的效力认定

（一）同位并列型刑民交叉案件中合同的效力

在同位并列型刑民交叉案件，民事合同的效力并不会受到刑事犯罪的影响，合同若无其他效力瑕疵原则上应认定为有效。在该类型的案件中，刑事法律事实与民事法律事实仅是牵连关系，二者就像是两个相切的圆，刑民法律规范的评价并不会重合。此时，刑民规范间“桥归桥、路归路”，

^⑥ 杨兴培，刑民交叉案件的类型分析和破解方法[J]. 东方法学,2014（4）：3.

^⑦ 毛立新，刑民交叉案件的概念、类型及处理原则[J]. 北京人民警察学院学报,2010（5）：10.

二者并行不悖，民法规范只会对民事法律事实进行评价，刑法规范也只会对刑事法律事实进行评价。民事合同的效力认定具有完全的独立性，只需依照民法规范即可，不受刑事部分的事实影响。即使案件的刑事部分构成犯罪，民事合同本身无其他效力瑕疵的话也属于有效的合同。采用这一认定路径的话，在案件审理时，刑事犯罪另行审理即可。这不仅不会产生刑民判决既判力冲突的问题，还能及时定分止争，保护受害人合法权益。

（二）包容重合型刑民交叉案件中合同的效力

在包容重合型刑民交叉案件中，合同效力原则上会受到相应犯罪的影响，此时应依照相应的民法规范认定合同效力存有瑕疵。在该类刑民交叉案件中，同一法律事实受到民法规范和刑法规范的双重评价，二者是种包容竞合的关系，就像是两个内含的圆，一个圆在另一圆之内。此时刑法规范与民法规范是对同一法律事实进行评价，二者间将会产生相应的联系，案件的刑事部分将会影响民事合同的效力。毕竟刑法与民法规范虽有各自的独立性，但整体上的评价是相统一的，一般同一法律事实在刑法上构成犯罪，那在民法上也会受到否定性评价。

不过包容重合型案件存在一项例外，在违反市场准入类犯罪中，虽然对于同一法律事实刑法予以了否定性评价，但民法却认可涉案合同的有效性。因为在该类案件中，禁止一般主体从事相关活动是为了维护特定的秩序。此时单个合同行为并不违法，只是多个合同的集合体构成犯罪。刑法为维护秩序而禁止特定经营行为，但此种禁止规范属于管理性强制规定，非效力性强制规定，涉案合同并不因行为人构成犯罪而无效。像非法吸收公众存款罪和倒卖车船票罪就属于这类案件中的典型例子。

四、结语

在司法实践中，同一案件同时涉及刑法规范与民法规范的适用是种常态。尽管民刑法规范统一于整个法秩序，但部门法间终究是存有隔阂的，在具体案件中两种不同的规范如何适用一直存有争议，特别是在涉合同刑民交叉案件中。本文认为在刑民交叉案件中认定合同的效力需要明晰以下几点。第一，刑法规范难以直接为民事合同的效力认定提供依据，民法合同的效力认定只能以相应的民法规范为直接依据。此前一刀切的认定涉犯罪合同无效的“当然无效论”不仅缺乏规范依据，同

时也不利于对被害人的保护。第二，由于民事合同效力的多形式，罪名的多样性以及各罪名对民事合同的影响不同，涉犯罪合同的效力既可能是有效的，也可能是有效力瑕疵的，所以对错综复杂的刑民交叉案件应进行类型划分，在类型化的基础上进行效力认定，这一效力认定路径会大大减少效力认定的难度。而刑民规范的适用的连接点在于法律事实，所以应以法律事实为依据将涉合同刑民交叉案件分为同位并列型和包容重合型两种类型。第三，在同位并列型案件中，民事合同的效力不会受到刑事犯罪的影响，合同若无其他效力瑕疵应认定有效；而在包容重合型刑民交叉案件中，合同效力原则上会受到相应犯罪的影响，此时应依照相应的民法规范认定合同效力存有瑕疵。

◆ “侠”与“法” "Chivalry" and "law"

成隽捷

一、引言

作为一名法律人，正义与法治是随时随地都会接触到的议题。虽然侠文化并不就等于正义，但是两个概念之间存在相当大的交集。在本文中，姑且把侠文化列为“民间的正义”这样一个阵营。在学习前，我便是武侠的忠实粉丝（仅限于金庸先生和古龙先生的部分小说），尤其向往那种刀光剑影，快意恩仇的生活。“杀人红尘中，脱身白刃里”何其潇洒。侠，即自由，叛逆。然而法，却是规范和权威。如今当我们嫉恶如仇，将恶人杀之而后快时，毫无疑问，我们已经触犯了刑法。事实上，侠的诸多特征和标志在我看来，都是对法律的公然挑战和逾越底线。侠与法，两者是天然对立的，无时无刻不在对抗之中，而两者之间此消彼长的对抗贯穿了整个侠文化发展的始终。

二、侠文化的诞生

根据文献的记录，目前历史上最早提到“侠”这一类群体的，是《韩非子·五蠹》中的“侠以武犯禁”。无独有偶，韩非子是战国时期法家的代表人物，在中国法制史上被认为是法家思想的集大成者。提出之后他便主张“侠”的存在不利于社会的稳定，且与法治相违背。《韩非子·六反》篇中，写到“行剑攻杀，暴傲之民也，而世尊之曰廉勇之士。活贼匿奸，当死之民也，而世尊之曰任誉之士。”可以说侠从一开始就注定了与法的冲突。当然并不能因为韩非提出了侠的概念而认为法的存在就先于侠。这类群体可能早就存在，只是韩非给了他们一个正式的名号。

侠与法的出现基本不分先后。在此之前，西周时期盛行礼乐制度，通过以“礼”为外化的个人道德来对人们进行规范。然而到了先秦时期，礼崩乐坏。社会秩序一下子濒临崩溃的边缘。这时候，统治阶级开始以法家的思想，通过刑罚的威慑来建立普遍的规范。而上有政策，下有对策。与之相对的，在民间则诞生了侠这样一个群体。在当时可以认为两者致力的目标是一致的。侠甚至可以说是法的一种补充。如果在法的规范下，已经能够实现社会的治理，百姓能安居乐业，路不拾遗，夜不闭户。那么侠也将失去其存在的合理性。在太平之世，如果现在突然有个人出现在路上拿出一把刀声称是要行侠仗义，大家应该都只会避而远之。然而问题正在于法的作用确实是不足，侠的出现才成了必要。

三、侠文学中“法”的形象

通常来说，政府，也就是古代的官府，往往是作为法的执行机关。所以在这一段论证中，就姑且简单地以政府来代替法。首先从最早的刺客列传来看。曹沫的刺杀对象是齐桓公，专诸的刺杀对

象是吴王僚，豫让谋刺赵襄子，聂政刺韩相侠累，而荆轲则是行刺秦始皇嬴政。在先秦时期，由于尚未完成统一，虽然各国都陆陆续续地进行了变法改革，却并没有一个统一的法度。但至少已经显示出了一个明显的倾向——以下克上，这也是侠与法两个概念对立的主要表现形式。

而到了西汉时期，则有朱家、郭解、剧孟等人。这里只举郭解为例。他的人物形象：心中稍有不快就杀人泄愤。抢劫，报仇，私铸钱币，还盗墓。却还有一大群人仰慕他，替他办事，一呼百应。用现代的视角来看无疑是一个黑社会头目。当时有一部分人因为闹了一些矛盾，相互结仇，人们也是来找郭解帮他们调解。这也是古代社会的一个特征——出了事，不找官府，找靠谱、有威望的人。言下之意，也就是官府不靠谱，也没有威望。这么评价当然是有点极端化了，但古代社会的习惯却是可以窥见的。当时的每一个家庭，每一个部落、氏族都像一个独立的集团。一个家庭中的父亲，或是部落的族长往往都掌握着他们这一个集团中的生杀大权，根本不需要法律的认可和授权。所谓家丑不外扬，所有的百姓都会认为，将自己家里或是部落里的问题提到官府去处理是一种奇耻大辱。所以法律的地位显得十分尴尬，大家首先不想用，其次也没必要用。只能作为国家的政治工具来稳定统治，对付人民（当然也就包括“侠”）。于是郭解最后的结局是什么呢？汉武帝下令捉捕他，乃至全家都被诛杀。这就是典型的两者冲突的体现了。

侠与法是一种此消彼长的关系。当法越完善，通过法律人们能够实现得越多，需要再去诉诸于侠的就更少。侠的行为总结来说就应该是一种私力救济。所以当历史步入唐朝的时候或许还存在一些期待。根据我们中国古代的法制史。唐朝的法治程度被认为是最先进的，而宋朝则是法治观念最强，立法最热情的。那么在这两个朝代，侠的生存环境又如何呢？当然在这个问题上有一些出乎一般的推理与认知，虽然说侠行为本身的出现被弱化了，但从隋唐时期开始，侠文学却是异军突起，变得炙手可热。例如《红线》《聂隐娘》《虬髯客传》，虬髯客就非常具有特色，他是一种将侠形象 and 国家的融合。上课时我们都讲过，看上去写了李靖、虬髯客，其实最后还是一个漂亮的彩虹屁，吹在了真命天子李世民的头上。一山不容二虎，就是这样一个我们说理想中的英雄形象，最后也是决定让机会给李世民。自己离开。这种剧情，肯定是能放在中央一套的黄金档的。可事实上反应的也是无法并存的矛盾，只不过他没有通过具体的冲突来表现。甚至我们说他在最后还自己成了一个王，有帝国之才。故事到这里就结束，但这个王的存在未来可能会不威胁到唐王朝的地位吗？再来看聂隐娘，首先在故事的主线方面，她就受师傅所托要刺杀一个官，这点不过多赘述。有趣的是在故事的最后，聂隐娘要离开的时候，她还劝人不要做官，赶快离开。那人没有听，最后也是死于非命。这样的情节无疑赋予了这样的矛盾传奇性，仿佛在和我们说：我在的时候，要与官斗，哪怕我走了，你也离官远一点。

然后真正将这个问题正式放到台面上的还是《水浒传》，他们中的每一个人，都几乎独立地有着和官府朝廷的冲突，往往都是被诬陷、被压迫、受尽屈辱最后逼得落草为寇。而到了后期，在侠群体的内部，关于是否要招安的问题，也是出现了严重的分歧。甚至出现了以叛贼去镇压叛贼的这样一出闹剧。虽然最后也算是不负使命，完成了任务。可是结局大家也是有目共睹，108位好汉中

得以善终的一只手就数的过来。固然有历史的因素在限制，宋江无法真的推翻宋王朝。但是否同样作者也借此暗示警告：这就是侠向官府妥协之后血淋淋的下场。之后还有一些宋元话本的侠的内容，因为确实不太了解，我也就小举一个例子：比如上节课提到的那个“万秀娘”。故事最后，尹宗提着刀就冲了上去。可惜被杀，而万秀娘则又一次地被拐跑了。故事确实让人有些遗憾，但细细深究一下你就不禁会问，对于这样的恶人，官府或者说我们的法又在哪里呢？

那么我对上述内容稍微总结一下，在侠的故事或者文学作品中，大部分要么对于官府的存在避而不谈。哪怕出现了，也是昙花一现，并且也是作为侠的敌对方，所以我们很少会看到有哪些耳熟能详的侠客会同时在朝廷中担任要职，哪怕有，在那篇故事或者那部作品中也很难成为一个正面角色。通常会给他们起个不好听的称呼，叫官府的走狗，似乎也确实将两者之间的矛盾变得不可调和。究其原因，无非有两点，第一是身份的特殊性，我之前也讲过侠的本质其实是来自普通市民阶级的一种私力救济。为了凸显这样一种民间的能力，就不希望有外界的力量来介入，甚至要为他设置一个强一点的对象作为敌人来增强其表现的张力；第二点比较个人一点，侠和法是否存在实质合作的可能性，比如一位侠客，经过一番精彩的决斗，制服了一位恶人，然后在周围群众的目送和协助下就将他扭送官府，虽然听上去有一些怂，但是如果真的能让恶人受到应有的制裁，我会认为那也是极好的，不违背侠精神惩恶扬善的实质。问题就在于好像不行，侠团体包括民众对于官府普遍是一种不信任的状态。就好像他们知道，哪怕将那些人交给了官府，也得不到一个说法。尤其是当他们的对手，往往本身就是一个位高权重的人。享有各式各样的特权，司法审判中也往往腐败丛生，官官相护，对于普通人而言根本就不具有维护公平正义的可期待性。甚至古代对于诬告的刑非常重，你告别人不成，自己就完蛋了。这实际上仍就转化成了一种阶级的矛盾，传统主流的儒家观点推崇平等，但却是先建立在阶级上的平等。这样一种对两者关系的安排，其实隐隐地也是对这样一种传统观念的挑战。

四、复仇

我们现在来看这样一个故事，亲人被有权势、有武力的恶人残害致死，家中唯一的幸存者在坟前痛不欲生，立下重誓，不报此仇不罢休，然后碰到一些奇遇，拜一位隐居的武林高手，练就一些传奇的武功。最后大业有成，来到仇人面前，一招解决，天下重归和平。这样的故事总是让人看着很快乐舒坦。但问题也来了：在这些故事中，主人公往往大开杀戒，少则一死，多则群亡。而法律却从来没有现身过，既在行凶的过程中不会遇到任何障碍，在完事之后也不会受到任何追究。所以，造成的结果往往是，随着仇敌的倒下，我们的法治精神和意识也就跟着一并消亡了。之所以今天把复仇作为一个单独的专题，就是因为因为在古代复仇不仅可能被视为合法，更会被认为是子女应尽的义务，法律还会通过一些方式来鼓励、宽免。只不过到了现在，当以暴制暴的行径日趋甚嚣尘上时，其实我们往往还会藉侠这层保护伞来赋予其正当性。这也不是个人的失误或偏见，而是社会长久以来观念的积累。

以前有学者曾经就中国的传统武侠和西方的超级英雄进行比较。这也是一个很有意思的话题，但不在于本文的讨论范围之内。很有意思的是我们会发现比如像漫威，他们有典型的复仇者联盟——每一个超级英雄都有着无与伦比的能力。但却受着一个框架条约下的限制。在美国队长3中，绯红女巫因为过失伤害了群众，除了她自己内心道德的谴责以外，在联盟内部，包括所谓无能的政府，也给了她强制的制裁措施，并且她自己也接受。那么在中国，是否存在类似的组织呢？如果硬要说的话，估计也就是武林盟，或者说《笑傲江湖》里的五岳剑派了。但那已经完全是一个法外组织，不客气点来说，基本就是一个以侠之名，行杀人之实的杀手集团，典型的我觉得可以参考一下金庸先生侠客行里的侠客岛，无论动机是什么，他们的存在会让每个人感到恐惧。

五、侠文化与当代法治

以上的设置到了今天，所谓的法治社会是不是发生了一些变化呢？比如在金庸先生的武侠小说中最典型的郭靖“侠之大者，为国为民”，以一己之力镇守襄阳。并且在后期也是凭借其个人声望，号召了一大批当时的著名侠士一同对抗蒙古大军。我们能否评价说侠和官就已经能有机地融合在一起，和谐共存了呢？事实上这也是另一种形式的回避。将原本侠与法的矛盾转化到了国家与外敌之间的矛盾，建立了一个我们现在说的爱国统一战线。以一个更突出的焦点去模糊其他的因素。本质上其实没有解决矛盾。否则，我们如果基于宋朝重文轻武的历史，郭靖的下场定与宋江岳飞无异。而因为有了蒙古军的存在，虽然说最后郭靖的结局仍然是城破人亡，但至少作为他本人和读者，我们都认为这是可以接受的。再比如《天龙八部》，乔峰的人气很高。哪怕后来知道了他叫萧峰，是个辽人，也丝毫不影响。甚至也许人们会期待，他带着大军回来，好好地教训一下中原武林那些曾经冤枉他，不理解他，陷害他的恶人。但我们会说，这样不好，不爱国、不正能量。所以最后作者也是选择了让他在国家民族大义面前选择了牺牲自己。而到了现代，在事关所有人的法治与个人英雄主义之间，我们推崇的一定是前者。虽然社会上一样会有见义勇为的英雄，但我们却不会称呼他们为侠。或许应该庆幸，如果按照我的观点，这表明我们现在社会的法治程度足够了，所以侠的存在就失去了必要性。并且虽然具体的活生生的侠很难找到，但是我们所谓的侠文化和侠的精神，却仍然潜移默化地存在于我们每个人的心中。我们不应也没有必要去遗忘他们，虽然当今法学界很多的主流看法，都会认为侠文化不利于我国的法治建设推进，但仍应庆幸能够接受到这样一种文化的熏陶。侠可以说为人们的英雄梦和中二病找到了一个具有中国特色的出路。

纵然我们不是侠，也必是侠之儿女。