

刑事犯罪与 民事侵权比较研究

XINGSHI FANZUI YU MINSHI
QINGQUAN BIJIAO YANJIU

周雪梅 著



西南财经大学出版社
Southwestern University of Finance & Economics Press

社会学者一般认为，对古代社会维系社会秩序的种种规则，可以看成从习惯到风俗再到法律的一个连续体；但仅靠习惯和风俗却并不能完全有效维系社会安宁和控制偏差行为，因此古代社会仍然需要更强有力的社会规范及控制体系即法律。而法律有别于其他社会规则的是，社会功能体现在两个方面：一方面法律为维持社会秩序，根据共同生活的一般联系与基本规则而创制并运作，体现了其秩序功能；另一方面，法律也通过特别制裁（如规则性的报复、罚金、徒刑）对那些与规则相违的行为进行约束，这也就是其社会控制的功能。

霍贝尔曾形象地说：“法律有牙齿，必要时会咬人，虽则并不时时使用”。古代社会法律独特的强制方式赋予了法律特有的功能，成为法律显著区别于其他社会规则的直接标志。



刑事犯罪与 民事侵权比较研究

XINGSHI FANZUI YU MINSHI
QINGQUAN BIJIAO YANJIU

周雪梅 著



西南财经大学出版社
Southwestern University of Finance & Economics Press

图书在版编目(CIP)数据

刑事犯罪与民事侵权比较研究/周雪梅著. —成都:西南财经大学出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5504 - 0894 - 4

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑事犯罪—对比研究—民事纠纷—侵权行为—中国 IV. ①D924. 114②D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 282838 号



出版发行	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址	http://www.bookej.com
电子邮件	bookej@foxmail.com
邮政编码	610074
电 话	028 - 87353785 87352368
照 排	四川胜翔数码印务设计有限公司
印 刷	郫县犀浦印刷厂
成品尺寸	148mm × 210mm
印 张	6. 25
字 数	135 千字
版 次	2013 年 1 月第 1 版
印 次	2013 年 1 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978 - 7 - 5504 - 0894 - 4
定 价	25. 00 元

1. 版权所有,翻印必究。
2. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。

前言

在现代法中，犯罪行为和侵权行为的规制属于不同的法领域，刑法和侵权法也就在不同的基础理论支撑下通过制度设计来解决社会生活中的侵害行为。事实上，在纷繁复杂的社会生活中，尽管大多数情况下对于一个特定的危害行为是民事侵权行为还是刑事犯罪行为容易识别，但对于模棱两可的疑难案件则需要民事补偿（赔偿）体系与刑事惩罚体系之间权衡比较并艰难定夺。随着社会的发展，刑法和侵权法相互交叉难分界限的案件不断增多，两者在发展上呈现出相互影响的趋势。笔者选择刑事犯罪和民事侵权进行比较研究，实际上是试图对现代法律体系中两个基本的部门法——刑法与民法——作一种跨学科的比较研究。

本文将比较范围限定于民法中的侵权法和刑法，是因为二者都是针对社会生活中的侵害行为的规范体系，都同样是对由损害行为所导致的广泛而庞大的社会冲突的解决机制。但是，现实生活中对各种纠纷的解决，所面对的都绝非单一规则，而是涉及社会多层次的规则体系——如道德、习惯、

宗教、法律等，而在法律层面，又可能分别涉及民法、刑法、行政法等等。在法律活动中，“法律适用者寻找的不是适用于具体案件的某个规范的答案，而是整个法律秩序的答案。无论法律秩序在外部形式上的划分如何，必须将法律秩序作为价值评论的整体来适用”。^① 因此，在考虑刑法和侵权法独立品性的同时，如何通过整体法律规范及公序良俗实现对社会的塑造，将成为本文思考的起点。

对刑法和侵权法的关系问题的研究，在理论和实践上都有非常重要的意义，本书认为主要表现在以下几个方面：其一，侵权法与刑法都有各自的价值取向，也都有各自实现自身价值的方法和手段。了解两者的具体价值及其制度结构的差异，对刑法和民法各自的合理构造具有重要意义。其二，民法尤其是侵权法，同刑法都面临着诸多相同或者相似的理论问题，两者都在各自的领域形成了丰富且多样的理论。通过综合比较研究，可以从不同角度来辨识各自的理论并相互借鉴。其三，刑法与侵权法中存在着诸多相同或相似的概念——对这些概念的界定在实际案件的运用中将起着非常重要的划界作用，尤其是对于刑民交叉的案件而言，概念界定上的不清晰会导致理论上的无谓争论和实践中的来回“扯皮”。其四，伴随着部门法分工的日益细化，当下法学研究也呈“各管一块”的基本格局——多局限在部门法之内封闭地进行研究。但事实上由于部门法之间天然地存在交叉重叠现象，

^① [德] 伯恩·魏特士：《法理学》[M]，丁小春，吴越译，北京：法律出版社，2003：125。

故对部门法之间的互动联系进行探究实属必做“功课”——刑法与侵权法更是如此，实践中两类法律关系常有交叉，不同关系的框定必然对当事人产生重大的不同影响，因此，法学的实践性格要求对两者的界限仔细辨析。

近代以来，大陆法系国家受罗马法观念的影响，在整体的法律概念上将法律规范划分为公法和私法，从而促成了刑法与民法尤其是与侵权法的分离。由于公私法的划分并不适宜对古老刑法进行最佳定位，所以出于传统原因和刑法的特殊意义，在国外的法学研究中人们也往往在狭义的公法领域外来理解刑法，而民法及侵权法则毫无争议地归属于私法领域。为此，从刑法与侵权法分离伊始，对二者的比较研究就从来没有停止过。历史法学、分析法学、社会法学的代表人物在其法律著述中，都不可避免地要涉及刑法和民法的界限及关系问题——其研究视角的不同，为两大法领域的特别属性提供了多层次、多角度的理论解说。这为刑法和民法及侵权法的独立发展奠定了基石。

刑法和侵权法在制度构建上分别以刑法上的法益和民法上的权利作为出发点。侵权法的权利救济特性意味着注重对受损权益的补偿，刑法的行为規制特性使法益侵害成为探求行为刑法意义的出发点，在此基础上刑法强调惩罚及惩罚的效果。因此，本文关注的问题是如何把握刑罚和损害赔偿的界限？这一问题的展开就应是，特定行为人或责任人承担刑事或侵权责任的基础是什么？所以，在刑法和侵权法归责意义上的基本要素的比较分析就成为本书研究的主要内容。

在研究方法上，首先，由于所涉题目为刑法与侵权法比

较研究，因此比较研究的方法是贯穿全书的基础研究方法。在具体比较的层面上涉及以下两方面的内容：一是对刑法和侵权法的比较是从社会侵害事实开始的。文章讨论最多的是刑法和侵权法面对同样的社会事实，法律取舍的不同价值标准，从而在更深刻的意义上，比较刑法和侵权法所解决的社会问题和所负担的功能的异同。二是在比较方法的使用过程中，对不同法系（如英美法系、大陆法系）、不同国家（如德国、日本、美国）的刑法和侵权法相关概念和制度的呈现和比较。主要是描述刑法和侵权法中占据通说地位的相关理论，为刑法和侵权法之间的比较提供较为宽泛的视野。

其次，是采取法解释学和规范分析的研究方法。“法学之所以成为科学，不仅在于其特有的法学思维模式，还在于其特有的方法，这就是法解释学的方法。”^① 由于法律是一种普遍适用的规范，从宏观的角度看，法律规范与一定的社会秩序相联系，从微观的角度看，法律规范发挥作用的前提是特定事实状态的出现，从而导致相应法律效果的强制生效。本文是刑法与侵权法的比较研究，属于法学理论和规范制度的双重研究，因此，对于所涉法律规范的内容意义、构成要件、适用范围和法律效果的各种法律解释方法的运用不可或缺。因此，法解释学和规范分析的研究方法也是本书采用的最基本的研究方法之一。

最后，历史研究方法是本书所采用的辅助性研究方法。该方法主要在犯罪与侵权的历史演变一章中运用。在对刑法

^① 梁慧星：《法学学位论文写作方法》[M]。北京：法律出版社，2006：77。

和侵权法混同和分离的历史作梳理中，尤其对二者特有的制裁方式“刑罚”和“损害赔偿”，作了较为详细的历史考察。通过该方法主要展现刑法和侵权法互动关系的历史脉络，对两者独立品性的形成作背景性阐释，同时也为理解刑法和侵权法的不同功能提供基本事实理据。

内容摘要

本书的研究建立在这样一个事实前提之上：虽然刑法与侵权法都是通过解决社会冲突以保护特定利益，但是为了适应法律在社会控制中的多种功能需要，刑事案件与侵权案件应当具有不同的规制意义。因此本书的写作目的旨在重点比较分析刑法与侵权法在核心概念上的共同基础及不同意域——对刑法与民事侵权法的关系问题作出理论梳理和阐述；揭示刑法与侵权法之不同功能、剖析刑法与侵权法在适用上的冲突与矛盾，以及在理论构造和制度设计上的差异与共通之处，厘清一些在内涵外延方面存有混乱的基本概念。通过上述研究，试图能在刑民比较研究这一传统题目上推陈出新。

本书的研究切入视角是建立在社会生活的事实基础之上，从损害事实、侵害行为和行为人的主观状态这三个层面，对比刑法和侵权法对其不同的法律描述及理论构造，揭示它们在侵权法和刑法中不同的归责意义。本书的主要观点在于，刑法和侵权法的概念和制度设计的本质差异，根源于各自不同的责任效果；也就是说，围绕不同的责任效果，刑法和侵

权法重在形成与各自所追求之责任效果相一致的归责理论；两者所涉及的可归责的事实因素主要包括损害、行为和主观状态，在归责的整个过程中，两种法律规范对同一事实材料的取舍不同、焦点各异，由此反映出刑法整体的主观主义倾向和侵权法整体的客观主义倾向。

全书的内容结构具体如下：

第一部分是对犯罪与侵权的历史演变过程的梳理。在对古代的种种制裁方式进行考察的基础上，比较财产赔偿和刑罚处罚的发展史；从对古代西方社会刑法和侵权法的初始形态的考察，厘清刑法和侵权法分离的历史因素和理论变迁。同时，通过对中国古代法律文化的观察，说明中国刑法的文化基因以及侵权法缺失的缘由。在近代和现代社会的法律体系发展中，以个人本位向社会本位转变的思潮和市民社会和政治国家、公法和私法的观念变动为背景，说明刑法和侵权法分离和融合的原因。

第二部分是对刑法和侵权法关于侵害的观念及法律救济方式的展开研究。这部分以客观损害为基础，主要比较刑法和侵权法关于损害本质的理论。刑法中的法益概念，本身既能宽泛地包含权利、制度、秩序和社会关系等内容，又践行着罪刑法定原则的严格限定性而较为清晰确定；同时，刑法对损害的认定，既包括对法益造成的实际损害也包括对法益的威胁。而侵权法对损害的认定，是建立在民法权利（包括利益）体系之上的；遵循诚实信用、公序良俗原则的指导，社会生活中新的利益侵害也能不断被纳入损害范围而获得救济。由此，同为法益侵害，刑法和侵权法在法律价值的不同

选择中完成了各自对侵害的判断——这是刑法和侵权法在程序启动中就相互区别的起始点。

在对法益的救济和保护上，刑事犯罪与民事侵权在一定范围内是重叠的；由于各自法的功能和目的的不同，刑法与侵权法对法益的保护方式又是相互补充、各自独立的。侵权法侧重法益的救济和补偿，刑法侧重于对侵害法益行为的制裁——这种对法益一体两面的法律保护方式，很好地协调了法律体系内在的统一。

第三部分是对行为的违法本质与行为类型化程度问题展开比较。这部分以导致损害的侵害行为为线索，通过分析犯罪行为和侵权行为的行为理论，说明刑民法虽然是建立在大致相同的行为概念基础之上，但却形成了完全不同的行为理论。民法上的行为与私法自治原则密不可分，它是作为私法自治的工具而存在的；而刑法中的行为与罪刑法定原则密不可分——为实现罪刑法定，通过确立行为以及围绕行为所形成的构成要件理论而运作刑法，以限制国家刑罚权的滥用。所以，民法中的行为功能主要体现于建构民事法律关系，而刑法中的行为功能则主要体现为通过类型化的行为而限定刑事法律关系的产生。本章在讨论犯罪行为和侵权行为的基本概念后，针对行为共同的违法性问题——对违法性的本质、违法行为的类型化程度以及其中的认定差异等问题，作了比较分析。

第四部分是对刑法和侵权法在归责立场上各自的倾向性、对归责责任条件判断的区别展开比较。通过对刑法归责问题的考察，发现刑法在定罪意义上特别强调罪过，在刑事责任

承担上较多考虑主观恶性，在刑罚适用上主要针对犯罪人的反社会人格；它们的逻辑包容层次表现为，反社会人格－主观恶性－罪过这样依次紧缩的结构。在刑事归责和刑罚实施的制度设计中，成为一以贯之的思维主线；为此，刑法的归责在主客观统一的基础上，表现出一种较为强烈的“主观主义”的倾向性。侵权法在发展初期便形成了过错归责原则。但现代侵权法的发展，一方面使得过错认定标准客观化，另一方面无过错归责原则的适用直接排除主观的判断而显示客观性。归结起来，刑法的罪过和侵权法的过错，作为各自法归责原则的核心，虽都关涉行为人的内心状态，但其法律意义却有着实质区别。本文在对罪过和过错的评价基点、故意和过失的区别度、故意的判断内容、过失的认定标准及故意和过失的归责问题上，陈述了相关观点。

第五部分主要是刑事责任形式（刑罚和损害赔偿）的比较。不管是刑事责任还是侵权责任，都是将特定行为人和一定的法律制裁效果相联系。本文主要探讨作为损害赔偿前提的侵权责任和作为刑罚前提的刑事责任的特定含义、责任方式及功能，特别比较了损害赔偿视野下的刑事惩罚这一法律制裁的特殊性，由此反观现代社会刑事惩罚和民事赔偿责任形式相互融合的趋势。对侵权法中的惩罚性赔偿和刑法中赔偿作为刑罚替代方式这两个比较典型的融合性责任形式，提出了自己的观点。

总的来说，面对刑法和侵权法在历史上渊源同一、在制度构造上结构相似、在现代风险社会中相互融合的趋势，笔者力图通过对其法律架构的四环节（损害、行为、归责、责

任)的一一展现,强调刑法和侵权法围绕不同的责任效果(刑罚与损害赔偿)而形成了大有差异的归责理论,从而塑造了刑法和侵权法各自的独立品性和不同功能。

目 录

第一章 犯罪与侵权之历史演变 / 1

第一节 古代社会的刑民混同 / 1

一、法律制裁 / 1

二、古代西方 / 4

三、古代中国 / 12

第二节 近代社会的刑民分立 / 16

一、经济自由主义的影响 / 17

二、市民社会的影响 / 19

三、公私法划分的影响 / 22

第三节 现代社会的刑民分离与融合 / 24

一、社会本位思想的影响 / 24

二、公私法融合趋势的影响 / 28

第二章 侵害观念与法律救济之协调 / 31

第一节 侵害的观念 / 31

一、犯罪侵害本质的理论 / 31

二、侵权中的法益侵害 / 34

第二节 法益侵害的保护和救济 / 39

一、侵权法的法益救济 / 41

二、刑法的法益保护 / 47

第三节 侵害事实的归责意义 / 51

第三章 违法本质与行为类型化比较 / 56

第一节 行为概念及理论 / 56

一、行为及其比较 / 56

二、行为理论 / 59

第二节 行为违法性的比较 / 63

一、违法性的本质 / 63

二、违法性的判断标准 / 78

第三节 行为类型化的比较 / 81

一、违法行为类型化的程度 / 82

二、一般化与类型化的关系 / 87

第四章 归责立场与责任判断 / 92

第一节 刑事归责的主客观统一 / 96

一、刑事归责的主客观立场 / 96

二、罪过原则的主观性 / 100

三、刑法中的主观恶性 / 102

第二节 侵权归责的客观化趋势 / 107

一、过错归责标准的客观化 / 109

二、无过错责任的客观化 / 114

第三节 故意和过失的区分 / 116

一、刑法中的故意和过失 / 116

二、侵权法中的故意和过失 / 118

第四节 故意的判断层次及内容 / 122

一、故意的认识内容 / 122

二、故意的规范评价 / 125

第五节 过失的认定标准及归责 / 127

一、过失的认定 / 127

二、注意义务的归责地位 / 129

三、注意能力对归责的影响 / 132

第五章 责任独立性与制裁效果选择 / 136

第一节 刑民责任的独立性 / 136

第二节 损害赔偿比较视野下的刑罚 / 140

一、刑罚的本质和功能 / 140

二、刑罚的依据和限制 / 147

第三节 侵权法中的惩罚性赔偿 / 152

一、惩罚性赔偿的缘起 / 152

二、惩罚性赔偿的功能 / 154

三、惩罚性赔偿与刑事罚金 / 157

第四节 刑事惩罚中的赔偿 / 159

一、赔偿作为刑罚方式的背景 / 159

二、赔偿刑罚效果的质疑 / 164

参考文献 / 168

后记 / 180