

[文章编号] 1672-7320(2010)02-0290-06

# 民刑互动:侵权责任法与刑法的冲突与协调

廖焕国 曾祥生

[摘要] 从诸法合体到刑民分野再到刑民互动,侵权法与刑法的历史关系千丝万缕。侵权责任法是救济法,刑法是惩罚法,两者通过不同的手段修复被破坏的社会关系。法律的任务在于重建被破坏了加害人、被害人和社会之间的正常利益关系的平衡,使得社会恢复和谐,这一任务的实现离不开刑法与侵权法的互动。刑民割裂是法律关系不正常的状态。正在制订中的《侵权责任法》应正确处理刑民分野、刑民互动等关系,并摒弃所谓刑事优先的错误观念。

[关键词] 侵权责任;刑民交叉;民刑互动;刑事责任

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A

“犯罪侵害的是国家利益,侵权行为侵害的是个人利益”,我国传统观念将刑法与侵权法之间的关系完全割裂。正因为有了这样的观念基础,国家通过刑事司法机关的追诉活动,使犯罪人接受刑罚的处罚,犯罪人除了履行对国家所负的义务和部分地满足被害人的报复情感外,几乎和被害人的现实救济的迫切需要毫无关系。被害人在刑事司法中处于被边缘化的位置。即便在附带民事诉讼中,其赔偿依据也只能是刑法中附民条款,与普通民事案件相比,其赔偿范围受到严格限缩,间接损害、精神损害被严格排除在外。刑民分野被绝对化,刑民互动被视为禁区,刑事优先则被当作司法原则。我国《侵权责任法》的起草工作已进入尾声,民刑关系应当重新审视和认识。无论是从历史纵向角度,还是从横向比较角度,刑法与侵权法虽然分属公法和私法两个不同的法域,但两者都是修复被破坏的社会关系的法律手段,并相互协调,共同完成对侵权行为人的惩罚教育和对侵权受害人的赔偿救济,以实现公平正义的法律目标,刑法与侵权法的独立只是相对的。

## 一、历史轨迹——从诸法合体到刑民分野

从法律发展史看,侵权法与刑法历史上曾长期结为一体。罗马王政时期以前,犯罪与侵权行为不区分,公犯与私犯适用相同的规范。从流传下来的古代社会的法典中,很难区分出民事赔偿行为和刑事的犯罪行为。如《汉穆拉比法典》第 196 条,倘自由民损毁任何自由民之子之眼,则应毁其眼;第 197 条,倘彼折断自由民之骨,则应折其骨;第 200 条,倘自由民击落与之同等之自由民之齿,则应落其齿。依古以色列法律,杀人者应被治死,伤人者应受惩,即“以命偿命、以眼还眼、以牙还牙、以手还手、以脚还脚、以烙还烙、以伤还伤、以打还打”;依古印度《摩奴法典》,出生低的人殴打出生高的人,按照殴打的部位切除其相应的部位,用手打人断其手,用脚踢人断其足,与婆罗门同席烙其臀。从秦朝以前之早期的中国法律看,《法经》所含《盗法》、《贼法》、《捕法》、《囚法》、《杂法》、《具法》六篇中含有不少刑法、民法、行政法和诉讼法混杂的内容。英国学者梅因通过对古代法典和相关史料仔细考证后指出,“古代社会的刑法不是

作者简介:廖焕国,暨南大学法学院副教授,法学博士,中国人民大学法学院博士后流动站研究人员;广东 广州 510632。

曾祥生,广东商学院法制研究所副教授,法学博士。

基金项目:2008 年度国家社科基金项目(08CFX022);2008 年度教育部哲学社会科学重大课题攻关项目(08JZD0008);2009 年度国家博士后科学基金项目(20090450484)

‘犯罪法’;这是‘不法行为法’,或用英国的术语,就是‘侵权行为法’”,“如果一种侵权行为或不法行为的标准是:被认为受到损害的是被损害的个人而不是‘国家’,则可断言,在法律学幼年时代,公民赖以保护使不受强暴或诈欺的,不是‘犯罪法’而是‘侵权行为法’”<sup>[1]</sup>(第208-209页)。古代法律刑民行为所体现的都是落后的同态复仇观念——侵权行为的受害方有获取加害人之身体的权利,在司法程序结束时加害人可能被受害方戴上镣铐和被剥夺自由,同一行为可获得私法救济与刑事制裁两种惩罚性制裁,二者并行不悖。

随着社会的发展和文明的进步,罗马法对私犯的救济从人身刑逐渐过渡到罚金刑,赎罪金替代同态复仇制度,原初的私人刑罚制度——复仇权大多被赎买,复仇的观念渐行渐远。由于放弃复仇权有利于公共利益,于是公众介入到赎金的“定价”机制中来,而市政当局也迫使受害人放弃复仇——如果受害人不接受合乎法律的罚金,市政当局会拒绝受害人对侵权行为人的人身报复<sup>[2]</sup>(第14页)。发展到罗马法后期,侵权行为逐步变成了一个现金赔偿之债,“对于所有的私犯所产生的后果,均被认为是‘债’或者‘法锁’,都可以用金钱支付为赔偿”<sup>[1]</sup>(第208页)。赔偿的目的不是赎罪而是赔偿造成的损害的观念取得了主导地位,复仇(惩罚)与救济(赔偿)发生分离,进而导致刑法与侵权责任法的分离,刑民分野由此开始。

然而,对于刑民不法的区分标准,大陆法学者间的认识并不统一。多数人认为,刑法不法的区分在于侵犯的是国家利益还是个人利益,而国家利益与个人利益的区分标准又在于行为破坏的是开放关系还是闭锁关系<sup>[3]</sup>(第32页)。也有学者指出,刑、民之分只具有相对性,“在不同的国家,民事不法与刑事不法的界限是完全相异的,在大多数的原始国家,刑法的范围是相当窄小的,并且……它的范围通常随着社会的进步而扩大”,“以犯罪与民事损害两者的取向(即侵犯个人利益还是侵犯共同体利益)作为区分标准的想法实在不可思议”<sup>[4]</sup>(第417页)。事实上,大陆法国家刑民分野的立法实践也并不彻底,这种分离仍是一个困难且经常被打断的过程<sup>[5]</sup>(第161页)。即使到现代,“将调整侵权行为后果的”刑事法律和民事法律合并在一部“统一的法律”中的观点在大陆法国家仍然有人支持,并仍有国家以刑法来规定侵权责任法。如西班牙刑法典第116条“根据刑法对侵权行为或者不当行为负有责任的人,根据民法也负有责任”,其结果是西班牙民法典中的侵权法仅仅调整“存在过错或者过失侵害但是不受刑事制裁的作为行为或不作为行为所生之债”,大部分侵权行为归刑法调整。虽然西班牙在对刑法典进行修改时有人建议将刑法典中的民事责任规则分离出去,但是关于民事责任的第5章现在仍被保留在现刑法典中<sup>[6]</sup>(第5页)。无独有偶,意大利刑法典与其颇相类似。

在英美法国家,侵权法虽有自己的历史,但侵权法与刑法的界限也不清晰。以英国法为例,在早期诺曼时期,犯罪和侵权行为没有明确的区分,在很长的一段时间里,“不法侵害”(trespass)或多或少是侵权行为的同等物,这种不法侵害类似于现代侵权行为法中的对于土地、财产和人身(殴击,威胁和非法拘禁)的侵害。直到今天,在英美法系国家,殴打、威胁、非法监禁、名誉损害、非法闯入、侵占和公私害同时是现代刑法和现代侵权法的共用法律词汇,他们既是刑法上的罪名,又是侵权法上的不当行为形式<sup>[7]</sup>(第140页)。

## 二、当代发展——公私法的融合与刑民互动

侵权法与刑法发生分离,刑法脱胎于侵权法成为公法之一部分后,在加害人的行为既违反刑法又对个人人身或财产造成损害的情形下,这两个制度仍时常相遇。例外的情况是,有的国家允许刑事受害人对其个人人身或财产因犯罪造成损害对国家提出赔偿请求,由国库承担赔偿责任,而由国家向刑事被告追偿,如奥地利的《刑事诉讼法典》第373条a。除了政治犯和职务犯,刑事犯罪一般都有具体的受害个体,不仅“国家利益”受到侵害,“个人利益”同时也受到损害。而且刑事不法与民事不法的区分有时十分困难,学者提出的分界标准有“法益侵害说”、“规范违反说”、“社会危害性理论”、“社会相当性理论”、“可罚的违法性理论”及“严重脱逸社会相当性理论”等不一而足,且没有哪一种理论能说服另一种理论。学者认为,就当代法而言,刑民区分只具有相对性,因为,“民法典并非由每项本身完整无缺并且剔净所有

刑法内容的民法汇集而成。刑法典亦非(因为我们已经看到它不可能)由每项不仅本身完整无缺而且剔除所有民法内容的惩罚性法律汇集而成”<sup>[8]</sup>(第 375 页),而且,“现代刑法在法律体系中处于保障法的地位,不仅是理论分析的当然结论,也是历史发展的必然结果”<sup>[9]</sup>(第 56 页)。

比较法犹如积累各种法律方法的仓库,对比不同国家、不同法域的法律制度与法律文化,可以发现具体的需要和法律问题,并吸收和借鉴经过检验的具有普遍性的制度。对于刑民交叉,不同国家在制度设置上体现着不同的特色。

### (一)侵权责任对刑事责任的影响

在一个犯罪人的行为并不具有严重的可非难性而且行为人主动补救了其不当行为之后果时,有些国家可以依据这些规定免除刑事处罚。如《奥地利民法典》第 42 条规定:如果一个人的犯罪行为最高处刑不超过 3 年徒刑、罪过不严重,无进一步实施犯罪之预期而且行为之后果已通过其他方式被基本消除、补偿或赔偿,行为人可以不受刑事处罚。其他国家的刑法在量刑时也考虑行为人在犯罪之后的行为以及其所作出的消除损害之努力,如《意大利刑法典》第 62 条(普通减刑情节)之(6)规定:在审判前,通过赔偿损失或者在可能情况下通过返还,完全弥补损害的;或者,在审判前并且在第 56 条最后一款规定的情况之外采取措施自动地和有效地消除或减轻犯罪的损害或危险后果的。又如,《德国刑法典》第 46 条(量刑基本原则)之(2)要求,法院在量刑时,应权衡对行为人有利和不利的情况。特别应注意下列事项:……行为人的态度,尤其是行为人为了补救损害所作的努力。其第 46 条 a(行为人与被害人和解、损害赔偿)又规定:行为人具有下列情形之一的,法院可依第 49 条第 1 款减轻其刑罚。或者,如果科处的刑罚不超过 1 年自由刑或不超过 360 单位日额金之罚金刑的,则免除其刑罚:(1)行为人努力与被害人达成和解(行为人与被害人和解),对其行为造成的损害全部或大部予以补偿或认真致力于其行为造成的损害进行补偿,或(2)在行为人可以自主决定对损害进行补偿或者不补偿的情况下,他对被害人的损害进行全部或大部分补偿。在立法上有类似规定的国家和地区还包括美国、俄罗斯、日本及我国有地区等等。

### (二)刑事责任对侵权责任的影响

一是限制,因追究加害人的刑罚而排除受害人的非物质(精神)损害赔偿权。如在荷兰阿姆斯特丹上诉法院 1975 年 10 月 22 日的判决和德国杜塞尔多夫上诉法院 1993 年 11 月 2 日的判决中,两国法院都认为,在某些案件中判处被告监禁,则满足受害人对非物质损害(痛苦和疼痛)的赔偿请求,不再支持其精神损害赔偿请求。二是扩张,刑事犯罪行为不仅仅具有特别的罪过,而且其导致的损害比通常的侵权行为造成的损害更大,法律应允许对刑事案件的受害人之某些特定损失予以赔偿,这些损失如果由通常的侵权行为造成是得不到赔偿的。如《奥地利民法典》第 1331 条规定,如果“某人的财产被刑法禁止的行为损害,他有权就该物的感情价值主张赔偿”;《意大利刑法典》第 185 条也规定:任何犯罪行为都发生“民事法律规范”中的责任,而且“任何造成经济上的或非经济上的损失的犯罪行为都导致加害人和对加害人之行为负有责任的人(对受害人)承担民法上的赔偿责任”;《瑞典赔偿法》第 2 章第 4 条和《芬兰赔偿法》第 5 章第 1 条都规定,犯罪行为造成的纯粹经济损失在民法上可以得到救济。

## 三、展望与构建——我国侵权责任法与刑法的冲突与协调

刑民关系应当重新审视和认识。刑法与侵权责任法的关系涉及以下三个方面:

### (一)刑民分野问题

在刑事犯罪中,犯罪行为不仅危害社会,而且对被害人造成的损失和身心痛苦会让被害人及其亲人难以言表。行为人承担刑事责任可以在一定程度上使被害人消除愤怒,如果同时能通过附带民事赔偿而直接受益则更能使被害人得到某种慰藉。虽然金钱不是化解精神创伤的灵丹妙药,但因为赔偿有助于缓解被害人的物质困难或者恢复正常的生活、生产秩序,被害人的痛苦将会相应减轻,并可以防止其进行私人报复或走上违法犯罪自我救济道路。刑事惩罚与民事救济作为共同调整被破坏了的社会关系

的法律手段,其功能各不相同。第一,民法旨在解决民、商主体之间的纠纷,对私权利进行救济,因而民事责任主要是赔偿责任。刑法是制裁犯罪行为法律,旨在预防和抑止犯罪,故刑事责任是惩罚的承担,而不是损失的赔偿。第二,民法调整特定的社会关系,而刑法并没有特定的调整对象。第三,民法在不能保护合法权益时需要刑法的保护,刑法是其他法律包括民法的保障,即刑法具有补充性,民法等法律所保护的合法权益,刑法也会保护。第四,刑罚具有明显的副作用,只在当民法等法律不能充分保护某种合法权益时,才由刑法保护。总之,刑法与民法虽然相互区分,但彼此配合,相互衔接,只是保护方式与效果不完全相同。

无论从法律发展史还是从当代比较法角度考察,刑民分野决不意味着刑事责任与民事责任的相互排斥,简言之,刑事责任的承担并不能免除犯罪人的民事赔偿义务,“刑法只有在侵权法的配合下,才能有效地调整社会关系”<sup>[10]</sup>(第7页)。更有学者认为,刑法与民法并没有任何区别,只是保护法益的手段不同。正在制订的《中华人民共和国侵权责任法》(征求意见稿)第四条规定第一款也规定:“侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的,不影响依法承担侵权责任”。

## (二)民刑互动问题

刑法是惩罚法、制裁法,侵权责任法是救济法、赔偿法,对于修复被破坏的社会关系而言,两者相互配合缺一不可,都具有二次规范性质。刑事惩罚与民事救济的共同调整不仅能够提升被害人的诉讼地位,使被害人能够对刑民冲突的解决发挥主导作用,同时也为加害人和被害人提供了面对面交谈的机会,通过被害人向加害人叙说加害行为给其带来的痛苦,让加害人真实地感受到犯罪行为给被害人造成的现实和持久的损害,减少加害人对刑罚处罚和社会的怨恨。

刑法与侵权法的互动表现三个方面:第一,侵权责任的承担对刑事责任的轻重有无影响?第二,侵权责任法是否适用于附带民事案件?如果回答是肯定的,那么,刑事责任的承担对民事侵权责任有无影响力及其大小?第三,民事责任与刑事责任中财产刑的履行顺序问题。

传统司法制度将犯罪视为对国家利益或社会利益的侵害,而不是社会关系的冲突。在这种范式中,犯罪者尽管享有一定的诉讼权利,但接受国家的追诉与刑罚是必然的结果。无论犯罪人如何深诚悔过,真诚赔偿受害人的损失,抚平受害人的伤害,甚至表示用余生赎回自己的罪过,对受害人经济和生活承担相应责任时,国家都以“正义”的名义扼杀了这种可能。“刑民互动”被认为是“花钱买刑”或纵容富人作恶而长期遭到批判。然而,刑事案件的被害人因为刑事犯罪受到伤害,需要慰藉和救济,这种伤害既有物质上的,也有精神上的,有些需要物质补偿,有些需要精神抚慰,二者不能截然分离和替代。刑民互动的核心价值在于强调对被害人民事利益的保护,通过民事救济,全面修复因犯罪对被害人造成的损失,以实现“无害正义”。

针对第一个问题,从法学理论层面来看,许多法学专家和司法实务工作者已经认同侵权赔偿作为量刑的法定情节这一观点。如陈光中教授在其主持的《中华人民共和国刑事诉讼法修改专家建议稿》中第20条提出,犯罪嫌疑人、被告人与被害人及其近亲属达成和解的,人民法院、人民检察院和公安机关可以考虑当事人的和解意愿,并根据案件情况依法不追究犯罪嫌疑人刑事责任,对被告人从轻、减轻或者免除处罚<sup>[11]</sup>(第25页)。从司法实践层面来看,不论是检察机关还是法院,在司法实践中都已经将刑事赔偿作为量刑的法定情节。如最高人民检察院《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》第十二条规定,对于轻微刑事案件中犯罪嫌疑人认罪悔过、赔礼道歉、积极赔偿损失并得到被害人谅解或者双方达成和解并切实履行,社会危害性不大的,可以依法不予逮捕或者不起诉。确需提起公诉的,可以依法向人民法院提出从宽处理的意见。对属于被害人可以提起自诉的轻微刑事案件,由公安机关立案侦查并提请批捕、移送起诉的,人民检察院可以促使双方当事人在民事赔偿和精神抚慰方面和解,及时化解矛盾,依法从宽处理。从最高人民法院近年所提出的和谐司法观看,民事责任承担的程度是量刑的一个重要因素。最高人民法院在2000年12月19日发布的《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第4条规定:“被告人已经赔偿被害人物质损失的,人民法院可以作为量刑情节予以考虑”。

针对第二个问题,本文认为,对刑事犯罪的受害者无论是提起纯民事诉讼还是附带民事诉讼均应适用侵权责任法,民事责任应以民事规范为依据,这样才能维护法律的统一性,刑法似无必要规定民事损害赔偿的条款。对于刑事责任对侵权责任的影响,本文倾向于“限制说”,即对被判处监禁以上的被告人,考虑到一事不再罚的原则,原则上对具惩戒性的非物质损害赔偿请求不宜支持,但对于造成他人死亡、残废以及性犯罪等给被害人造成严重精神创伤的犯罪行为,则应采“扩张说”。

针对第三个问题,在刑民交叉案件中,在财产的执行上应遵循民事优先的原则,《侵权责任法》(征求意见稿)贯彻了这一原则,其第四条规定第二款:“因同一行为应当承担民事责任和行政责任、刑事责任,侵权人的财产不足以支付的,先承担民事责任”。

### (三)先刑后民问题

长期以来,在我国,重刑轻民、公权优于私权的思想一直深深地根植在司法者的头脑中,并以此作为排斥刑事案件中被害人民事救济的主要借口。在处理侵权纠纷与刑事犯罪交叉的问题时,先刑后民的规则成为了解决刑民交叉关系的一个潜规则。

先刑后民是指人民法院在审理民商事案件过程中如发现该民商事纠纷中有犯罪嫌疑的,或犯罪嫌疑人在进行犯罪行为过程中造成他人损害的,应该先进行刑事诉讼,待刑事诉讼终结后再进行民事诉讼。先刑后民原则在认识论上的重要基础是保持民、刑判决的一致性。从司法实务看,侵权纠纷与刑事犯罪交叉的表现主要是为三种情况,一是同一法律事实,即刑事法律所规定的能够引起法律后果的事实与民事法律所规定的能够引起法律后果的事实同一;二是部分法律事实相同,如在多因一果的损害赔偿纠纷中,原因既有犯罪行为,还存在其他侵权行为;三是侵权法律事实与犯罪事实之间具有根本性的关联。

刑事优先是权力大于权利、公法优于私法错误观念的投影。刑事处罚与民事救济只是修复被破坏的社会关系的不同手段,不存在谁先谁后、孰轻孰重的问题。先刑后民虽然可以保持做到法院刑、民前后判决的一致性,但不利于及时保护当事人的合法权益,不能充分发挥侵权法的救济功能,因而已为学术界和实务界所诟病,其适用范围在实务中呈逐渐缩小的趋势。

法律程序本质上乃达成做事之方法与过程,只有便捷与否,绝无高低贵贱之分。先刑后民的落后观念应当休矣。在《侵权责任法》(征求意见稿)中,针对刑民交叉案件,第四条规定第一款规定:“侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的,不影响依法承担侵权责任”,草案对刑民交叉案件并未规定先刑后民的程序要求,这是立法一大进步。

## 四、结 语

近现代刑法从侵权法中独立出来,有了自己独特的制裁工具——刑罚,有了自己的调整对象——犯罪行为。但刑法的独立只是相对的,它与侵权法共同承担着修复被破坏的社会关系的任务,重建被破坏了加害人、被害人和社会之间的正常利益关系的平衡,使得社会恢复和谐。刑法和民法作为法律体系中的两个重要的部门法,在价值判断和内在的精神应当是一致的,凡是被刑法所禁止的行为,在民事领域也应视为是非法的,否则法治就无法实施。民法基于平等主体的当事人意思自治的考虑,重在私权利的救济。刑法作为国家公法,其主要目的是国家利用公权力追诉犯罪行为,以保护社会公共利益。在公权思想历来就特别发达的我国,应当以《侵权责任法》的颁布为契机,适当兴私权而抑公权,达到公权保护和私权保护并重,使两者失衡的关系达到一定程度的平衡。

### [参 考 文 献]

- [1] [英]梅因:《古代法》,北京:商务印书馆1984年版。
- [2] 张谷:《作为救济法的侵权法,也是自由保障法》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2009年第2期。
- [3] 于改之:《刑民分界论》,北京:中国人民公安大学出版社2007年版。
- [4] Austin, J. 1999. *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Beijing: China Social Sciences

Publishing House.

- [5] Kruse, A. Vinding. 1982. *Law of Torts. -Gammeltoft-Hansen, Gomard, Philip (eds.). Danish Law. A General Survey*. Copenhagen: G. E. C. Gads Publishing House.
- [6] [德] 克雷斯蒂·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上卷, 张新宝译, 北京: 法律出版社 2001 年版。
- [7] 徐爱国:《侵权法历史散论》, 载《法学》2006 年第 1 期。
- [8] [英] 边沁:《道德与立法原理导论》, 时殷弘译, 北京: 商务印书馆 2000 年版。
- [9] 张明楷:《刑法在法律体系中的地位》, 载《法学研究》1994 年第 2 期。
- [10] 王利明:《侵权行为法归责原则》, 北京: 中国政法大学出版社 1992 年版。
- [11] 陈光中:《“刑事诉讼法修改专家建议稿”重点问题概述》, 载《人民检察》2006 年第 11 期。

(责任编辑 车 英)

## Interaction between Civil Law and Criminal Law : Conflict and Coordination between Tort Liability Law and Criminal Law

Liao Huanguo<sup>1</sup>, Zeng Xiangsheng<sup>2</sup>

(1. Jinan University Law School, Guangzhou 510632, Guangdong, China;

2. Guangdong University of Commerce)

**Abstract:** Tort law and criminal law have a historical relationship since they have experienced the process of combination, separation and interaction. As tort liability law is the law of redressment while criminal law is the law of punishment, they have different ways to fix the broken relationship. Aiming to recover the social harmony, the law is demanded to mending the broken relationship among the injuring party, the victim and the society, and make balance among them. Therefore, the interaction between the criminal law and tort law become indispensable. It is abnormal when the criminal law is separated from the civil law. Hence, the Liability Tort Law which is being enacted should handle well the relationship between separation and interaction of the criminal law and civil law, and get rid of the viewpoint that the criminal law have to be given priority.

**Key words:** tort liability; intersection of civil law and criminal law; interaction between civil law and criminal law; criminal liability