

民法与刑法的对话之一 PDF转换可能丢失图片或格式，建议  
阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B0\\_91\\_E6\\_B3\\_95\\_E4\\_B8\\_8E\\_E5\\_c122\\_484885.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_B0_91_E6_B3_95_E4_B8_8E_E5_c122_484885.htm) 主题发言人：民商法方向博士研究生葛洪涛、王钦杰 民商法学硕士研究生曹琳、张磊、彭哲 刑法学硕士研究生孙岩、李振华、李蓉平 点评嘉宾：刘保玉教授、董翠香副教授、肖立梅老师 主持人：2005级民商法硕士研究生 刘丽娟 时间：2006年11月12日 地点：山东政法学院培训中心 2006年11月12日下午，在山东政法学院培训中心举办了民商法学术沙龙第二期，本期沙龙的议题是共同侵权和共同犯罪，参加人员包括民商法和刑法的老师和同学。本期邀请的民商法嘉宾有山东大学的刘保玉老师、董翠香老师、山东政法学院的肖立梅老师，民商法的发言人是葛洪涛博士生、王钦杰博士生、曹琳、张磊、彭哲同学，刑法的发言人是孙岩、李振华、李蓉平同学。民商法与刑法的发言人交替发言，纷纷阐述了自己对于共同侵权及共同犯罪的区别和联系的认识和思考，并就目前的一些争议和难点问题发表了各自的见解。首先发言的是葛洪涛博士生，他的发言可分为三个部分：1．共同侵权的学说。共同侵权的概念有三种学说，即主观说、客观说和折衷说。葛博士重点阐述了自己对主观说的一些认识，在传统的共同故意说和共同过错说的基础上，提出了意思联络说，认为意思联络说是介于共同故意和共同过错说之间的一种学说，并阐述了自己对共同过失的意思联络的看法。2．对《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条的理解。葛博士认为第3条实际上是折衷说的一种体现，对其的理解分

为三部分：（1）什么是共同过失？是意思联络的是共同过失还是同一性质的是共同过失，并就此谈了张明楷老师对共同过失的看法，其本人主张意思联络的是共同过失。（2）直接结合和间接结合该如何界定。（3）共同侵权的责任是连带责任还是不真正连带责任？其本人主张应是连带责任。

### 3. 刑法共同犯罪的研究对民法共同侵权的启发。

传统刑法上不存在共同过失犯罪，在近几年的理论和实务上似乎开始承认共同过失犯罪。刑法学者的研究范围相对于民法学者来说要窄，因此理论研究要更深刻和透彻，可以给民法学者许多的启发：

（1）刑法学者研究共同犯罪的理论方法可供民法学者吸取。刑法更注重社会责任，且严厉性强，但刑法在解决难题时，却采用了扩大意思联络的方式来解决，意思联络的伸缩性为法学家的创造性解释创造了条件，为其解释提供合法外表。刑法比民法更注重形式正义，在意思联络下却包容了如此多的内容，甚至突破罪刑法定原则的限制，此种大胆创新的精神值得民法学者借鉴。

（2）刑法中有片面共犯理论，民法中是否可以借鉴这一理论来解决问题。接下来由王钦杰博士生发言，通过实践，他认为共同侵权和共同犯罪中最值得研究的是“共同”的含义，认为应主要从共同上来研究共同犯罪和共同侵权，发言分为两部分：

#### 1. 民事共同侵权中的共同含义。

阐发了学界公认的三种学说的本质问题：

（1）主观说的本质在于行为人主观过错的共同性。分为共同故意说和共同过错说。

（2）客观说认为共同侵权行为的本质在于行为人的客观行为共同造成了损害后果。并认为《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条采纳的是客观说。

（3）折衷说的本质在于把握加害人和受

害人之间的利益平衡。三种学说各有其价值取向，主观说是为了寻求行为人承担责任的法理基础，客观说则是为了保护受害人的利益，折衷说则是为了寻求加害人和受害人间利益平衡。各种学说都有其自身的弊端，但比较而言，其本人更赞同共同过错说。2. 刑事共同犯罪中的共同含义。目前各国一般都主张共同故意说，我国刑法亦同。但共同过失能否构成犯罪呢？我国的《关于审理交通肇事适用法律若干问题的解释》中承认了共同过失可以构成共同犯罪，因为交通肇事罪本身就是过失犯罪。其本人认为这一司法解释是违法的，违反了刑法中关于共同故意才是共同犯罪的法律规定。

《意大利刑法典》、日本的判例都将共同过失列入了共同犯罪。因此他认为如果将共同过失亦纳入共同犯罪，会导致打击面不适当地扩大，我国目前的刑法规定是符合我国国情的。对于从民法角度来对待共同侵权和共同犯罪，经过以上两位博士生的发言，大家已经有了一个初步的认识，接下来便由刑法专业的孙岩同学发言，她主要从刑法角度阐述了民刑间的区别和联系，分为两部分：1. 从实体上对民刑关系作一个总体比较。区别在于：（1）民法约束的是私人间的事务，讲求补偿，主要是赔偿损害；刑法则重在制裁。（2）民法调整的对象具有特定性；刑法的调整对象更加宽泛。（3）民法会为民事主体创设新的义务，刑法则不会。（4）刑法只有在民法不能补救受害人时才会出现，因此是一种补充责任。联系在于：（1）违反民法的行为亦可能违反刑法。（2）刑法是民法的保障法。（3）刑法和民法的性质和目的不同，但有一些制度却是相同的，如“禁止双重危险”。2. 共同侵权和共同犯罪的比较。共同点：（1）主体的复数性（2）都

是违法行为（3）损害后果都具统一性（4）都要承担责任（5）都有主观过错。区别：（1）危害程度不同（2）刑法上具有更多的犯罪形态（3）主观过错的要求不同。紧接着，彭哲同学就专利法上的教唆和帮助行为作了一系列的阐述，不仅将目前我国专利法的规定给大家予以说明，而且就目前理论实践中针对此类行为的一些做法阐述了自己的看法，使大家对专利法上有关此类行为的态度有了初步的认识，从一个专业点上对共同侵权有了更深入的思考。刑法专业的李振华同学则主要就共同犯罪的条件问题表明了自己的看法，他的发言可分为两点：1．共同犯罪的主体。通行观点认为共同犯罪的主体必须为两个以上有独立刑事责任能力的人，其本人对此表示异议，并举例说明这一观点的不合理性：若13岁的人与19岁的人共同实行一项违法行为，而13岁的人却是起主要作用的，19岁的人是从犯，按照这一观点，将不会给13岁的人定罪，那作为从犯的19岁的人又该如何定罪呢？这一问题确实不得不引起我们的注意。2．共同犯罪的故意问题（1）共同过失是否应纳入共同犯罪（2）片面共犯的问题张磊同学则就目前的一些热点问题，如雇主责任、团伙成员责任、教唆帮助人的责任等问题发表了见解，曹琳同学在总结前述发言的同时，又提出了自己对共同侵权和共同犯罪的一些新的体会。各位发言人发言完毕后，沙龙便进入自由讨论阶段，同学和老师都纷纷加入到探讨中，大家各抒己见，场面极其热烈，通过讨论，大家发现了许多的民法和刑法交叉中的争议点：1．共同危险行为中，因不能确定危害是由哪个行为人所制造，所以民法从社会衡平之考虑，规定由危险行为人承担连带责任；但是共同危险行为在刑法中的体现与

之大不相同，如因数人共同危险行为造成严重的危害结果，构成犯罪时，能否以共同犯罪论？在刑法中，如不能确定危害结果是由哪个具体的主体所导致，是不能使用推定的方法的，这就造成了由于数人过失构成犯罪却不能处以刑罚的怪圈，值得进一步探讨。

2．关于民事上完全行为能力人与限制无行为能力人或无行为能力人实施共同加害行为能否构成共同侵权？如果不构成共同侵权，责任如何承担；如果构成共同侵权，由完全行为能力人与限制或无行为能力人的监护人承担连带责任，是否合理？以上问题的根本点最后集中于侵权责任能力认定的问题，责任能力是否应与行为能力相区别？

3．在现行刑法中是不承认共同过失构成共同犯罪的，但在刑法理论上，是否存在着承认的趋势，一旦反映到立法上会产生什么影响？

4．关于团伙侵权问题，在民法上团伙如何认定？民法上的团伙侵权与刑法中的团伙犯罪是否存在相通之处？从比较法的角度看国外立法与我国现行法的规定孰更为合理？团伙犯罪与共同犯罪、团伙侵权与共同侵权的关系如何界定？

鉴于时间有限，只能在大家意犹未尽时便结束沙龙，不过对于这些问题，刘保玉老师表示将会在下一期沙龙中继续为大家提供讨论的平台，刘老师同时建议以后的讨论应进一步结合实践，以典型案例为靶子予以探讨，以取得更好的效果。民商法学术沙龙的下期活动将在近期举行，欢迎有兴趣的同学积极加入本话题的讨论。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)