

刑事附带民事诉讼的基础理论问题

杨立新 刘洪林

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005; 武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

摘 要: 刑事附带民事诉讼中的两种法律责任属聚合责任, 侵权行为与犯罪行为引起的损害赔偿具有同质性, 因犯罪行为引起的损害赔偿不应受纠纷解决模式的影响。厘清上述基础理论问题, 是科学设计刑事附带民事诉讼制度并使其充分发挥功能的关键所在。

关键词: 刑事责任 民事责任 侵权损害赔偿 犯罪损害赔偿 纠纷解决模式

中图分类号: D915.3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1004-9428 (2013) 06-0149-09

刑事附带民事诉讼制度, 是我国刑事诉讼中的一项重要制度, 其重要性一方面体现在它具有诉讼经济功能和整合功能, 即诉讼过程的经济合理性; 另一方面体现在它具有全面惩罚、权利实现与复原之功能, 即诉讼效果的合目的性。⁽¹⁾ 新刑事诉讼法以及相关司法解释, 根据司法实践的需要对刑事附带民事诉讼制度进一步作出修改与完善, 然而, 从司法实践来看, 附带民事诉讼制度的修改, 并没有解决长期以来困扰司法实践的赔偿范围和赔偿标准问题。一方面, 法官作裁判时常觉无所适从; 另一方面, 当事人对自己的诉求难以有合理的预期, 社会对法院作出的刑事附带民事诉讼裁判常有质疑。基于此, 本文拟对附带民事诉讼制度中涉及的基础理论问题进行梳理, 旨在对现行法律规定以及相关司法解释中的问题进行客观分析, 从而找出解决问题的合理路径。

一、刑事附带民事诉讼中的两种法律责任属聚合责任

所谓刑事附带民事诉讼, 是指在刑事诉讼程序中, 因犯罪而受损害之人提起民事赔偿请求, 司法机关在审判刑事案件时, 附带对民事请求进行审理和裁判的活动。⁽²⁾ 由此可见, 刑事附带民事诉讼中涉及到两种法律责任的认定, 一种是刑事责任的认定; 一种是民事责任的认定。前者属于公法上的责任, 重在惩罚犯罪人, 保护人民, 保障国家安全和社会公共安全, 维护社会秩序; 后者属于私法上的责任, 重在补偿受害人所受损害。上述两种不同法律责任因保护的法益不同, 而担负着不同的法律功能, 彼此之间不能代替。当然, 从各国法制的发展状况看, 民事责任与刑事责任自公法与私法加以区分后, 才开始有严格区分。

从我国观之, 在法制发展进程中, 重刑轻民思想严重, 长期以来, 刑罚泛民事化, 民刑不分。随着经济社会的发展, 从元朝以后, 法律上有了烧埋银的规定, 后来又为明清两朝在不同程度上继承。它的具体内容是对枉死者的尸首经官验明, 行凶者除按罪判刑外, 家属须出烧埋钱予苦主, 作

作者简介: 杨立新, 厦门大学法学院博士后流动站研究人员; 刘洪林, 武汉大学法学院博士研究生。

(1) 参见宋英辉、李忠诚《刑事程序法功能研究》[M], 中国人民大学出版社 2004 年版, 第 198-204 页。

(2) 同前注 [1], 第 198 页。

为烧埋尸体的费用。这是中国法律史上第一个要求在追究行凶者刑事责任的同时,还要其承担民事损害赔偿责任的法律制度,具有十分重要的进步意义。⁽³⁾ 1910年颁布实施的《大清现行刑律》,是我国历史上第一部以“刑”字命名的法典,提出对“承继、分产、婚姻、田宅、钱债各条应属民事者,毋再科刑”。表明已经具有了民刑区分的意识,但因其只是一部过渡性的法典,贯彻民刑区分并不彻底。1911年颁布的《钦定大清刑律》,是我国历史上第一部近代意义上的刑法典,这部法律在刑罚制度上真正与西方接轨,也标志着我国法律有了公法与私法之分。由西方国家观之,自文艺复兴以来,“天赋人权”、“法律面前人人平等”、“社会契约论”、“私有财产神圣不可侵犯”、“分权与制衡”等自然法思想,构成了西方法律传统的基础,对近代宪政制度的构建以及人权保障产生了重要的影响。近代法国是西方自然法思想最为活跃的国家,受古典自然法思想的熏陶和指导,法国民法典于1804年诞生,这部法典确立了近代民法的自由与平等、所有权无限和契约自由等基本原则。⁽⁴⁾ 这也标志着民事法律关系由民事法律予以调整,民刑有了区分。

随着近代法律制度区分不同法律部门,在法律责任的承担上,出现了责任聚合现象,即行为人为同一行为违反不同部门法,会产生不同法律责任,学界也称其为责任重合。责任聚合与传统意义上的责任竞合是既有区别又有联系的两个概念,二者的共同之处在于均符合同一事实引起数个法律责任的特征,区别在于责任聚合所包括的数个责任之间并无冲突,而责任冲突则是责任竞合的最基本特征。⁽⁵⁾ 具体到因同一犯罪行为而引起的民事责任与刑事责任,属聚合责任,二者之间不存在冲突,即民事责任的承担并不能抵消刑事责任,反之,刑事责任的承担也不能抵消民事责任。这一原则在19世纪后已成为经典理念,⁽⁶⁾ 并被现代民法所继承。我国《民法通则》第110条规定了重合法律责任的处理原则,即“对承担民事责任的公民、法人需要追究行政责任的,应当追究行政责任;构成犯罪的,对公民、法人的法定代表人应当依法追究刑事责任。”我国《侵权责任法》第4条进一步作出规定,即“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。因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任,侵权人的财产不足以支付的,先承担侵权责任”。我国《刑法》第36条对此也有规定,即“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的,对犯罪分子除依法给予刑事处罚外,并应根据情况判处赔偿经济损失。承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被判处罚金,其财产不足以全部支付的,或者被判处没收财产的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任。”

二、侵权行为与犯罪行为引起的损害赔偿 responsibility 具有同质性

随着近代部门法的产生,侵权行为与犯罪行为被区分开来。在当代,侵权行为是民事违法行为,犯罪行为是刑事违法行为,分别由民法和刑法这两种不同的基本法来调整。⁽⁷⁾ 侵权行为与犯罪行为既有区别又有联系。主要区别在于:侵权行为是民法规定的违法行为,犯罪行为是刑法规定的违法行为。因此,二者侵害的客体、社会危害程度以及主观恶性均不相同。二者的联系主要体现在犯罪行为本身也是侵权行为,这也就产生了前文所述的责任聚合问题,依照我国《刑法》第36

(3) 张群 《论元朝烧埋银的起源》[J],《历史杂谈》2002年第12期。

(4) 王云霞 《〈法国民法典〉的时代精神探析》[J],《法学家》2004年第2期。

(5) 杨立新:《侵犯知识产权中的责任聚合》[J],《人民司法》2012年21期。

(6) 张俊浩 《民法学原理》[M],中国政法大学出版社1997年版,第824页。

(7) 杨立新 《侵权法论》[M],人民法院出版社2005年版,第27页。

条、《民法通则》第 110 条以及《侵权责任法》第 4 条之规定，既应追究行为人的刑事责任，也应当追究行为人的民事责任。对此，理论界与实务界并无争议。在此需要探讨的是，犯罪行为引起的损害赔偿责任与侵权行为引起的损害赔偿责任究竟有无不同呢？对该问题的回答，直接关系到附带民事诉讼损害赔偿范围以及赔偿范围的确定。

欲对上述问题作出正确回答，需要我们对侵权损害赔偿构成要件进行探讨，可以说，侵权损害赔偿构成要件是我们探讨该问题的逻辑起点。在我国，关于侵权损害赔偿构成要件，最具典型的主张是“四要件说”，即侵权责任构成须具备行为的违法性、违法行为人要有过错、要有损害事实的存在和违法行为与损害事实之间要有因果关系这四个要件。“四要件说”是我国民法学界所公认的侵权责任构成的通说，被广泛地应用于理论与实务。违法行为、损害事实、因果关系和主观过错成为侵权损害赔偿构成的规范提法，并且被最高司法机关的司法解释所采用。⁽⁸⁾ 据此，判定行为人是否承担侵权损害赔偿，首先，要判断行为人是否实施了违法行为，违法行为是最基本的因素，它由行为和违法性两部分要素组成，行为的违法性是侵权损害赔偿构成的客观要件；其次，要判断行为人的违法行为是否造成了损害事实。损害事实由两个要素构成，一是权利被侵害，二是权利被侵害而造成的利益受到损害的客观结果。损害事实包括两大类：一是对人身权利和利益的损害事实，二是对财产权利的损害事实。⁽⁹⁾ 再次，要判断行为人有无过错，过错是承担侵权损害赔偿的主观要件，包括故意和过失两种基本形态。⁽¹⁰⁾ 最后，要判断违法行为与损害事实之间有无因果关系，这里的因果关系是指“违法行为与损害事实之间的前者引起后者的，引起与被引起的客观联系”。⁽¹¹⁾

由上可见，当行为人的侵权行为给受害人的人身或者财产权利造成损害时，其应当承担侵权损害赔偿。那么，如果行为人的行为不仅仅违反民事法律的规定，构成侵权行为，而且已经触犯刑事法律，构成犯罪时，其行为引起的损害赔偿构成要件是否会发生变化呢？答案显然是否定的，即因犯罪而引起的损害赔偿构成要件与因侵权引起的损害赔偿构成要件并无二致，只是行为本身的违法性程度不同。这是因为，犯罪构成要件满足了侵权损害赔偿构成要件的全部要求，即行为的违法性、行为人有过错、有损害事实发生、损害事实系犯罪行为所引起。基于损害赔偿构成的同质性，《法国民法典》第 1382 条和第 1384 条关于侵权的规定广泛地包括了所有类型的损害，并要求对损害作出赔偿。赔偿的数额要与受损害的程度相一致，从杀人到轻微伤人，从烧毁大厦到拆毁一间价值甚微的板棚，对任何损害均适用统一标准。⁽¹²⁾ 我国《侵权责任法》第 2 条规定“侵犯民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”第 6 条第一款规定“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”显然，侵权责任法规定的“侵犯民事权益”的行为，不仅包

(8) 参见前注 [7]，第 154 页。

(9) 参见前注 [7]，第 169 - 174 页。

(10) 当然，侵权归责原则已经从单一的过错归责原则，发展到了多重的归责原则，包括推定过错原则、无过错原则。我国侵权责任法也明确了无过错责任原则。就一般侵权而言，要求具备过错要件；无过错责任原则，适用于特殊侵权行为。本文所探讨的是一般侵权行为。“在当代实际起作用的责任理论，并非一种。但是过失责任仍然处于主导地位。法律仅对特定的侵权行为规定不问过失原则，或者推定过失原则。于是形成多轨制。”曾世雄《损害赔偿原理》[M]，中国政法大学出版社 2001 年版，第 9 页。

(11) 参见前注 [7]，第 177 - 178 页。

(12) 《国际比较法百科全书·侵权行为·为自己行为之责任》，第 13 页。转引自杨立新《侵权法论》[M]，人民法院出版社 2005 年版，第 121 页。

括民事侵权行为,也包括犯罪行为,法律所规定的二者承担损害赔偿责任的构成要件也是相同的。因此,侵权行为引起的损害赔偿与犯罪行为引起的损害赔偿具有同质性,均属私法责任。

三、因犯罪引起的损害赔偿责任不应受纠纷解决模式的影响

如前所述,因犯罪引起的损害赔偿责任属于私法责任。因此,被害人有权通过民事诉讼程序请求损害赔偿,这是毋庸置疑的。但由于犯罪行为引发两种聚合的法律责任,既有公法上的刑事责任,又有私法上的民事责任,为了实现诉讼的整合功能,有些国家和地区实行双轨制解决模式,即在解决被害人因犯罪行为而引起的损害赔偿问题时,既可以通过刑事附带民事诉讼的方式,也可以通过单独提起民事诉讼的方式,如法国、德国和我国台湾、澳门地区。在采双轨制解决因犯罪引起的损害赔偿请求时,会涉及这样一个问题,即被害人通过刑事诉讼程序请求损害赔偿的范围与通过民事诉讼程序请求损害赔偿的范围是否统一的问题,简言之,因犯罪引起的损害赔偿范围是否受纠纷解决模式的影响。

欲对上述问题作出正确回答,我们首先要明确程序的意义。传统的法律解释学一般把程序看作是为了实现权利、义务或法律关系的实质内容的手段和方法。同一实质问题可以采取不同程序,反之,同一程序也可以用于不同实质的问题。⁽¹³⁾由此可见,程序对于实体而言,是手段、方法,不是目的。当然,我们也不否认,程序本身有其内在价值,诸如程序公正、程序中立、程序人道、程序参与、程序理性、程序自治、程序及时等等,但相对于实体权利而言,程序是保护实体权利的手段,程序自身价值的实现也是为了实现纠纷解决的正义性。因此,同一实体权利不应因解决程序的模式不同而不同,否则会造成裁判的不统一,影响法律权威。

为了防止上述问题出现,在采双轨制的国家和地区,均采取了不同的对策。首先,关于损害赔偿范围的问题。法国将附带民事诉讼的请求与赔偿范围规定为包括物质的、身体的、精神上的全部损失。我国台湾地区则灵活地规定为“由民法规范之”。⁽¹⁴⁾上述规定,使附带民事诉讼的赔偿范围和民事诉讼赔偿范围得到了统一,避免了因程序不同而对实体权利的保护产生影响。在德国,被害人或者他的继承人可以对被指控人提起对犯罪行为产生的、属于普通法院管辖并且尚未向其他法院提出的财产权方面的请求权,该申请具有如同在民事法律纠纷中提起诉讼的同样效力。对被害人申请的裁定,等同于民事法律纠纷中作出的判决。对未被认可的请求权部分,可以另行提出。⁽¹⁵⁾需要指出的是,德国还制定有专门的被害人保护法,其中规定国家对被害人的损失负有补偿义务。此外,德国有发达的保险业,所有这些制度,都是对附带民事诉讼制度的有益补充。⁽¹⁶⁾也就是说,

(13) 季卫东 《法治秩序的构建》[M],中国政法大学出版社1997年版,第12页。

(14) 例如法国《刑事诉讼法典》第3条第二款规定“对因受到追诉的行为所引起的物质上、身体上、精神上的各种损害提起民事诉讼,均得受理之”。我国台湾地区《刑事诉讼法》第487条规定:因犯罪而受损害之人,于刑事诉讼程序得附带提起民事诉讼,对于被告人及依民法负赔偿责任之人,请求回复其损害。前项请求之范围,依民法之规定。

(15) 《德国刑事诉讼法》第403条规定:(一)被害人或者他的继承人,在刑事诉讼程序中可以对被指控人提起对犯罪行为产生的、属于普通法院管辖并且尚未向其他法院提出的财产权方面的请求权。提起请求权时,在地方法院程序中可以不考虑诉讼标的价值。另参见《德国刑事诉讼法》第404条(二)之规定以及第406条(三)之规定。此处的另行提出是向民事法院提出或者再次依据第403条向刑事法院提出。《德国刑事诉讼法典》[M],李昌珂译,中国政法大学出版社,1995年版。需要说明的是,在德国,被害人不是诉讼当事人,在司法实践中,很少提起被害人补偿之诉(申请损害赔偿之诉)。

(16) 阮富枝 《刑事附带民事诉讼制度应否维持之研究》[M],台湾地区司法院印制,第12页。

德国通过设置国家补偿制度、保险制度、附带民事诉讼制度等制度尽力弥补被害人因犯罪所遭受的损失，这体现了现代福利国家的理念，即公权力须对国民善尽责任。也体现了“人民的福利应当是法的最高目的”这一著名法谚。⁽¹⁷⁾

其次，关于避免裁判不统一的问题。为了避免对于同一事实，民、刑作出相互矛盾的判决，影响法院之威信，法国确立了“刑事致民事原状等待原则”和“刑事既判事由对民事具有权威效力的法院判例原则”，该两项原则要求：如果民事诉讼是在公诉提起之后，公诉已作出判决之后才提起，或者在这以后民事诉讼才进行判决，无论从程序的进行上，还是从判决上都要服从刑事诉讼。⁽¹⁸⁾我国台湾地区刑事诉讼法明确规定，附带民事诉讼判决，应以刑事判决所认定的事实为依据。⁽¹⁹⁾

最后，关于避免程序变迁增加诉累的问题。采双轨制的国家或者地区，一方面赋予被害人以程序选择权，同时为避免程序变迁增加诉累，浪费司法资源，均采取了相应的对策。法国为此确立了“选择不可撤销原则”，即受到损害的当事人一旦在有管辖权的民事法院提起民事诉讼，就不得再向刑事法院提起民事赔偿请求。这一“选择不可撤销原则”是一项有利于被告人的原则，它既建立在人道之基础上，又建立在司法正义之基础上，人道与司法正义都不允许将被告人从这一法院拖到另一法院进行诉讼。⁽²⁰⁾当然，该原则有利于发挥附带民事诉讼制度应有的整合功能，符合诉讼效率原则的要求。在我国澳门地区，刑事诉讼法明确规定因犯罪而引起的损害赔偿请求，须在有关刑事诉讼程序中提出，仅在法律规定的情况下，才能通过民事诉讼程序独立提出该项请求。⁽²¹⁾

综上，在采取双轨制解决因犯罪引起损害赔偿的国家或者地区，因历史、文化、法律传统的不同，制度上各具特色，但是在有关损害赔偿范围的规定上，却都保持了与民事赔偿范围的一致性。

四、对我国刑事附带民事诉讼制度的反思

在我国，刑事附带民事诉讼制度自1979年刑事诉讼法确立发展至今，期间不乏刑事附带民事诉讼制度去留的争议。在笔者看来，刑事附带民事诉讼制度具有诉讼过程的经济合理性与诉讼效果的合目的性之特有功能，如果制度功能得到充分发挥，可以实现以最少资源最大限度满足不同主体利益需求的功能。目前，影响其功能发挥的关键因素就是赔偿范围和赔偿标准的界定。

(一) 对我国附带民事诉讼现行赔偿范围和赔偿原则的解读

赔偿范围与赔偿原则是相关联的两个问题，赔偿范围是被害人就犯罪造成之损害提出赔偿请求的范围，赔偿原则是确定赔偿范围、赔偿数额的基本原则。我国现行司法解释在刑事诉讼法规定仅赔物质损失的基础上，对赔偿原则与赔偿范围作出如下规定：“对附带民事诉讼作出判决，应当根据犯罪行为造成的物质损失，结合案件具体情况，确定被告人应当赔偿的数额。犯罪行为造成被害人人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支付的合理费用，以及因误工减

(17) [美] 哈耶克《自由秩序原理》(上) [M], 邓正来译, 三联书店1997年版, 第199页。

(18) [法] 卡斯东·斯特法尼等《法国刑事诉讼法精义》[M], 罗结珍译, 中国政法大学出版社1998年版, 第261页。根据法国《刑事诉讼法典》第4条第2款规定, 刑事致民事原状等待原则是指在已经提起(发动)公诉的情况下, 只要对公诉尚未作出最终宣告, 在民事法院进行的民事诉讼要暂缓审判。

(19) 我国台湾地区“刑事诉讼法”第500条规定: 附带民事诉讼之判决, 应以刑诉判决所认定之事实为据。

(20) 同前注 [18], 第242页。

(21) 澳门地区《刑事诉讼法》第60条规定: 以一犯罪之实施为依据之民事损害赔偿请求, 须在有关刑事诉讼程序中提出, 仅在法律规定之情况下, 方得透过民事诉讼独立提出该请求。

少的收入。造成被害人残疾的,还应当赔偿残疾生活辅助具费等费用;造成被害人死亡的,还应当赔偿丧葬费等费用。驾驶机动车致人死亡或者造成公私财产重大损失,构成犯罪的,依照《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条的规定确定赔偿责任。附带民事诉讼当事人就民事赔偿达成调解、和解协议的,赔偿范围、数额不受第二款、第三款规定的限制。”⁽²²⁾由此可见,解释规定的赔偿范围和赔偿原则并不明确,目前,在适用过程中,困扰司法实务部门的有两大难题:一是“死亡赔偿金”和“残疾赔偿金”(两金)赔不赔的问题;二是赔偿数额的确定原则如何理解的问题。对此,制定解释者认为:通过判决结案,应当充分考虑刑事案件被告人多为没有正常收入的无业人员和进城务工人员、赔偿能力很低的实际情况,实事求是地仅就被害人遭受的物质损失作出判决。对犯罪行为造成被害人人身损害的,应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支付的合理费用,以及因务工减少的收入。造成被害人残疾的,还应当赔偿残疾生活辅助具费等费用;造成被害人死亡的,还应当赔偿丧葬费等费用。除被告人确有赔偿能力的以外,原则上不应将死亡赔偿金、残疾赔偿金纳入判决赔偿的范围。⁽²³⁾解释者还明确了上述指导原则是基于我国法律、法理以及法文化传统而确定的。概言之,我国刑事诉讼法规定了附带民事诉讼仅赔物质损失,因此司法解释规定的附带民事诉讼赔偿标准与民事诉讼的赔偿标准不同。

(二) 对我国附带民事诉讼现行赔偿范围与赔偿原则的反思

从我国现行法律以及相关司法解释的规定看,附带民事诉讼的赔偿范围极其有限,在这有限的范围内,还要根据被告人的赔偿能力判赔,这样的立法与司法指导原则,没有正确处理好以下几方面的关系,不利于发挥附带民事诉讼制度应有的全面惩罚、权利复原与保护功能,需要我们反思。

首先,现有规定没有正确厘定刑事责任与民事责任之间的关系。受重刑轻民思想的影响,在认识上存在这样的误区,即被告人承担了刑事责任,对被害人而言是主要的慰藉方式,判处与单纯民事案件相同的赔偿,将出现双重处罚。这种认识,显然忽视了民事责任与刑事责任的本质区别,民事责任属私法责任,刑事责任属公法责任,前者重在补偿,后者重在惩罚,相互之间不能互相替代,也替代不了,那种“打了不罚”、“罚了不打”的观念在民刑不分的法律制度下是适用的,而在公法与私法作区分的当代,是不符合法理的。从法理上讲,没有哪一种理论承认公法责任可以折抵私法责任。再者,双重处罚理论也无法解释被告人被判处极刑的情况下,还要承担比赔偿多几倍的罚金刑、没收财产刑。⁽²⁴⁾双重处罚理论,实际上反映了“公益优于私益”的观念,这种观念早已不适应时代的发展,当今社会,最大限度满足不同利益主体的需求,才是善法应有的品质。

其次,现有规定没有认识到因犯罪而引起的损害赔偿与侵权损害赔偿的同质性。对待犯罪引起的损害赔偿,在认识上存在这样的误区,即该种损害赔偿是特殊的损害赔偿,因此,其损害赔偿的范围与侵权损害赔偿应有所区别。基于这样的认识,才有了任意消减损害赔偿范围的法律规定。究其实质,缺乏对犯罪引起的损害赔偿责任构成要件与侵权引起的损害赔偿责任构成要件的同质性的认识,是“重刑轻民”思想的体现,违背了分配正义的要求。因为任何权利的克减都必须遵循这样

(22) 参见最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第155条。

(23) 江必新《〈最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释〉理解与适用》[M],中国法制出版社2013年版,第160页。

(24) 周某盗窃一辆轿车后发现后座有一婴儿,将婴儿掐死埋于雪中。某中院作出一审判决,判处周某死刑,剥夺政治权利终身,处罚金50000元,赔偿被害人家属经济损失17098.5元。被害人的生命权被剥夺,家属仅受偿一万余元,而“小小”的盗窃,国家却要判处5万元的罚金。这样的判决也许不能称为错判,但它需要我们深思的是,“公益优于私益”的观念是否妥当。

的规则,那就是必须为了保护更大的利益,同时给予受害人以相应的补偿。

最后,现有规定没有正确厘定“空判”与赔偿标准的关系。赔偿标准是法院判赔应当遵循的依据,没有统一标准的裁判是乱判,从根本上损害的是法的安定性和法律秩序。那种通过削减赔偿标准以减少“空判”的认识和做法,既不符合法理,也不符合普通公众的自然理性以及朴素的公平正义观。就“空判”而言,任何一个国家任何时期都存在,国外通行的做法是建立被害人补偿制度,由国家予以补偿。我国古代也有关于因犯罪者贫穷烧埋银难追而由政府补偿的规定。⁽²⁵⁾而“法院判决义务的问题并非取决于法院执行其判决的能力,而取决于系争问题是否由其来管辖”。⁽²⁶⁾为此,我们要站在维护被害人合法权益的角度来寻找解决“空判”之路径,惟有以被害人救助或者国家补偿制度作补充,才能真正实现恢复性司法,对此,国家应善尽责任,制定善法。

(三) 科学设置赔偿原则并合理界定人身损害赔偿范围

1. 科学设置赔偿原则

关于附带民事诉讼赔偿原则,理论界和实务界观点不一,有的主张应根据情况部分赔偿或者适当赔偿;有的主张应全部赔偿。主张“适当赔偿”标准的依据是《刑法》第36条第一款的规定,⁽²⁷⁾持上述观点的人据此认为,在附带民事诉讼案件的处理上,人民法院应根据案件情况适当判处赔偿经济损失。主张“全部赔偿”标准的理由是,在民事诉讼中“全部赔偿”是确定损害赔偿范围、损害赔偿数额的基本原则,附带民事诉讼本质上是民事诉讼,因此,人民法院在对附带民事诉讼作出判决时,应以“全部赔偿”为原则,以“适当赔偿”为补充。笔者同意第二种观点。以全部赔偿为原则,适当赔偿为补充的赔偿原则,既遵循了民事法律规范,也充分考虑到了附带民事诉讼的性质。从表面上看,“全部赔偿”与“适当赔偿”标准是截然对立的,实际上,它们是在不同层面上对附带民事诉讼的损害赔偿起着调整作用,二者处在功能性的关联之中。“全部赔偿”原则强调的是规范的既定性、明确性和约束性;而“适当赔偿”是人民法院处理附带民事诉讼案件时,在权衡各种利益需求之后,所作出的适当裁判,“利益平衡”原则也是确定附带民事损害赔偿要遵循的原则,它强调的是裁判的自主性和独立性。这两项原则在处理附带民事诉讼的损害赔偿问题时相辅相成。

关于“全部赔偿”原则的适用。“全部赔偿”原则是人民法院处理侵权损害赔偿的民事案件时应遵循的基本赔偿原则,它是指“侵权行为加害人承担赔偿责任的大小,应当以行为所造成的实际损失的大小为依据,全部予以赔偿。换言之,就是赔偿以所造成的实际损害为限,损失多少,赔偿多少。”在单纯的民事诉讼中,“全部赔偿”既包含了赔偿范围又包括赔偿数额;既包括物质损失赔偿,也包括精神损害赔偿。在民事侵权理论、立法和司法实践中,之所以将“全部赔偿”作为损害赔偿应当遵循的基本原则,是由损害赔偿的功能所决定的,损害赔偿的基本功能是补偿财产损失,因此,在确定赔偿时,把所有的损害结果物化为金钱,由侵权人予以填平,使被侵权人恢复到侵权行为发生之前的状态,被认为是公正的、合理的。那么“全部赔偿”原则在附带民事诉讼中如何适用呢?附带民事诉讼本质上是民事诉讼,确切地讲是侵权之诉,因此在损害赔偿问题上应当遵循“全部赔偿”原则。当然需指出的是,“全部赔偿”与“实际赔偿”有区别,全部赔偿明确的是赔偿范围,实际赔偿是归责

(25) 《元典章》里规定因为犯罪者贫穷烧埋银难追的补充方法,或者以劳役折算,或者以女孩代替,或者官府代偿。参见张群《论元朝烧埋银的起源》[J],《历史杂谈》2002年第12期

(26) [美]阿奇博尔德·考克斯《法院与宪法》[M],天雷译,北京大学出版社2006年版,第12页。

(27) 我国《刑法》第36条第1款规定:由于犯罪行为而使被害人遭受物质损失的,对犯罪分子除依法给予刑事处罚外,并应根据情况判处赔偿经济损失。

后的赔偿数额,也就是说在法定的赔偿范围内依据民事被告人所应承担的侵权责任判赔。

关于“利益权衡”原则的适用。司法的起点是规则,也就是说在法律适用过程中,法官应当遵循规则进行裁判,这一方面对法官能够起到约束作用;另一方面增强法律规范对社会可期待的作用,这不仅是法律统一适用之所需,更是维护法秩序之根本,因此,在确定附带民事诉讼赔偿数额时,首先要遵循“全部赔偿”原则,这是确定损害赔偿的基本原则。与此同时,人民法院在个案的处理上,有必要也应当考虑案件的具体情况,综合考虑包括被告人经济状况在内的诸多因素,在权衡各种利益需要之后,确定公正的赔偿数额,这是文明、理性、正义诉讼之所需。法官在法律适用过程中的这种权衡,与立法的权衡不同,它是规范内的一种调适,这种“调适”旨在最大限度地满足现代多元社会中多元价值、多元利益的需求。此外,之所以将“利益平衡”原则作为损害赔偿的一项原则,是由损害赔偿责任的性质决定的,因为损害赔偿是财产责任,如果加害人的经济状况很差,没有财产或者财产很少,无力负担这种责任,这时对他们施以财产制裁实际上是不可能的,同时也要考虑加害人及其家属的生存条件问题,如果全部赔偿将使其本人及其家属的生活陷于极度困难时,可依据具体情况减少其赔偿数额,这也符合公正价值的要求。因此,“全部赔偿”是基础,“利益权衡”是补充,前者旨在保障一般正义的实现,后者旨在实现个别正义;二者的有机结合,有利于法律效果和社会效果的统一。

2. 合理界定人身损害赔偿的范围。

如前所述,目前刑事附带民事诉讼中关于人身损害赔偿的争议焦点是“两金”是否应当判赔的问题。尽管有权解释者认为:除被告人有赔偿能力的以外,原则上不应将“两金”纳入判决赔偿的范围。但这毕竟不是司法解释,也不能代替司法解释。从最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《解释》)第155条本身的规定看,用“等”字对赔偿费用作了概括,从字面上看并未对“两金”一概予以排除。在此情形下,“两金”是否应纳入附带民事诉讼赔偿范围的焦点在于《侵权责任法》和《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》(以下简称《人身损害赔偿解释》)在附带民事诉讼案件中的适用问题,这也是困扰各地法院的突出问题。根据《解释》第163条的规定,人民法院审理附带民事诉讼案件,除刑法、刑事诉讼法以及刑事司法解释已有规定的以外,适用民事法律的有关规定。既然“两金”是否判赔问题刑事法律及相关司法解释没有规定,附带民事诉讼中涉及人身损害的赔偿范围确定上应当遵循《侵权责任法》以及《人身损害赔偿解释》的有关规定,^[28]将“两金”纳入判赔的范围。^[29]

[28] 《人身损害赔偿解释》第17条规定“受害人遭受人身损害,因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入,包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费,赔偿义务人应当予以赔偿。受害人因伤致残的,其因增加生活上需要所支出的必要费用以及因丧失劳动能力导致的收入损失,包括残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费,以及因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费,赔偿义务人也应当予以赔偿。受害人死亡的,赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外,还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。”《侵权责任法》第16条规定“侵害他人造成人身损害的,应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用,以及因误工减少的收入。造成残疾的,还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的,还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”

[29] 2004年第1期《刑事审判参考》在原文刊登《人身损害赔偿的解释》之后,在编者按中曾指出“因犯罪行为致人身损害的,被害人或已死亡被害人的近亲属提起附带民事诉讼要求赔偿的,人民法院在审理、判决时,除现行有效的刑事法律、司法解释、司法文件另有规定的以外,应依照本解释的规定处理”。虽然很难说上述编者按具有法律效力,但从司法实践看,各地法院在处理被害人因人身权利受损害而提起的附带民事诉讼时,还是将《人身损害赔偿解释》作为裁判的依据。

此外,在涉及“两金”是否赔偿的问题上,还有一个困扰司法实践且亟需解决的重要问题,那就是关于犯罪行为造成被害人死亡的,被扶养人生活费是否赔偿的问题。受害人扶养人的扶养利益因加害人的侵权行为而丧失时,理应得到法律的赔偿。对此损害的赔偿当然包含在死亡赔偿的应有范围之内。我国民法通则明确规定死者生前扶养的人必要的生活费是死亡赔偿的应有项目,此后颁布的关于死亡赔偿的法律法规以及司法解释基本上都遵从了这一做法,只是被扶养人范围的划定上有一些差别,但这些都未影响抚养费作为死亡赔偿项目的地位。直到侵权责任法颁布后,这种情况发生了变化,该法没有在死亡赔偿项目中规定对被扶养人的生活费的赔偿,这是否意味着被扶养人抚养费的赔偿不存在了呢?对此,有观点认为,对继承利益丧失的赔偿中本就包括了用于支付抚养费的部分,所以侵权责任法第十六条的规定是对继承利益丧失说的正本清源,因而死亡赔偿金的性质是继承利益丧失的损害赔偿。有观点认为,按继承利益丧失说会产生一系列问题。其一,死亡赔偿金的请求权主体是作为继承人的近亲属,它与被扶养人的主体范围不同,难免在请求权上发生冲突;其二,被扶养人往往是没有生活自理能力和没有生活来源的人,如果不将抚养费单列,使其与其他继承人共享,极易导致被扶养人的利益遭受侵害;其三,抚养费的损害赔偿直接关系到被扶养人的生存问题,如果将其与作为物质损害赔偿的死亡赔偿金混为一谈,就会出现被扶养人的生存权同债权人的一般债权受到同等保护的窘境,这显然与制度设计的初衷相违背。⁽³⁰⁾笔者认为,遭受犯罪行为侵害导致受害人死亡的,其扶养的人的生活费应当予以赔偿,而且应具有独立的地位。这是因为,抚养费损失不仅是被扶养人必然遭受的损失,而且关系到被扶养人的生存问题。关于死亡赔偿金的性质还会争论下去,但是抚养费赔偿属物质损失无论在理论界还是实务界应该能达成共识,而且优先保障被扶养人的生存权也应当能达成共识。基于此,在民法通则涉及抚养费损害赔偿的规定仍然存在的情况下,不能因侵权责任法对死亡赔偿金的模糊规定,就动摇被扶养人生活费赔偿的独立地位。人民法院在审理附带民事诉讼案件时,应充分考虑对被扶养人生活费的赔偿,这不仅是对生者生存权的保障,而且是对死者的最大慰藉。即便法院判赔被告人无法执行,国家对此也负有救助义务。

(责任编辑:孙 锐)

(30) 次登罗布 《论死亡赔偿金的性质》[D],中国政法大学2011年民商法学硕士论文。