

涉罪财产责令退赔与民事诉讼关系之反思与抉择

姜 瀛

内容提要:针对犯罪人非法占有、处置被害人财产所造成的损失,在无法追缴或无法全部追缴犯罪所得的情况下,责令退赔成为对被害人的救济方式;在被赋予强制执行效力后,责令退赔曾经一度绝对地排斥被害人另行提起民事诉讼。最高人民法院发布第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》对此进行纠偏,列举出刑事诉讼程序之外同时可以提起民事诉讼的例外情形。不过,这种“就事论事”式的补救并没有触及到“民刑实体关系”这一根本问题。本质而言,责令退赔所要处理的是犯罪人与被害人这一对平等主体之间的合法财产移转问题。这种合法财产移转应以给付行为和请求权作为其理论基础,而民事诉讼与请求权之间存在天然关系,是给付行为的根本保障。由此,责令退赔就“无权”排斥被害人提起民事诉讼。责令退赔以公权力将民刑关系简单“捆绑”,造成刑事追诉与被害人财产损失救济的功能混同,违背合法财产移转的基本法理。只有将责令退赔定位为被害人自愿同意下的便捷程序,并赋予被害人程序选择权,才能有条件地排斥被害人另行提起民事诉讼,进而从根本上理顺责令退赔制度下的民刑关系,实现责令退赔与民事诉讼之间的协调。

关键词:责令退赔 民刑关系 九民纪要 涉罪财产 损害赔偿

姜瀛,大连海事大学法学院副教授。

近年来,非法吸收公众存款、集资诈骗等刑事案件侦办中暴露出诸多“民刑交叉问题”,引发学界与实务界的广泛关注。2019年11月14日,最高人民法院发布第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号,下称“《九民纪要》”),其中第十二部分专门对“在民间借贷、P2P等融资活动中与涉嫌诈骗、合同诈骗、票据诈骗、集资诈骗、非法吸收公众存款等犯罪有关的民商事案件”的程序性操作问题给出意见,这为“处理好民刑交叉案件之间的程序关系”提供了指引。具体来看,《九民纪要》第十二部分之第128点指出,“对于同一当事人因不同事实分别发生民商事纠纷和涉嫌刑事犯罪,民商事案件

与刑事案件应当分别审理”，并列出了五种情形。^{〔1〕}同时，该纪要第 129 点则再次强调，“对于受害人就同一事实提起的以犯罪嫌疑人或者刑事被告人为被告的民事诉讼，人民法院应当裁定不予受理；应当通过刑事追赃、退赔的方式解决”。这里的“追赃”，实际上就是我国《刑法》第 64 条^{〔2〕}规定的追缴（犯罪所得），而“退赔”就是该条所规定的责令退赔。从制度定位来看，责令退赔以无法追缴或无法全部追缴犯罪所得为前提，在犯罪所得已被挥霍或难以查找而无法追缴的情况下，应责令犯罪人按涉案财物的价值等值赔偿被害人。^{〔3〕}从《九民纪要》第十二部分可以看出，在“同一事实”之外是否存在“不同事实”，乃是《九民纪要》为处理民刑交叉案件所确立的基本坐标。具体而言，《九民纪要》第 128 点乃是强调，应以区分民刑交叉案件类型为前提，针对存在“不同事实”的案件，不应以责令退赔否定民事诉讼，这实际上是对一段时间以来“责令退赔绝对排斥民事诉讼的诉讼规则”的纠偏。第 129 点则表明，对属于以“同一事实”提起民事诉讼的情形，应通过刑事追缴或责令退赔来解决，而不应启动民事诉讼程序，这实际上是对现有相关司法解释（后文将予以详细梳理）所秉持立场的进一步重申。概言之，最高人民法院通过《九民纪要》再一次诠释对责令退赔与民事诉讼关系的最新理解。

事实上，自 1997 年《刑法》修订以来，最高人民法院对于责令退赔与民事诉讼关系的理解一直处于变化之中，缺乏稳定立场，理论依据也不够明确，无法为司法实践提供明确预期。笔者认为，有必要从理论上对责令退赔与民事诉讼的关系定位及其背后的法理依据作系统思考，问题涉及几个方面：第一，从规范变迁过程来看，最高人民法院发布的规范性文件在对待责令退赔与民事诉讼的关系上缺乏稳定立场，二者关系“摇摆不定”。这似乎表明，最高人民法院在对待非法占有、处置被害人财产犯罪中被害人赔偿救济模式及其背后的民刑关系问题上始终未能形成理论共识。可以说，探究责令退赔制度背后的理论基础，乃是推动本研究的重要因素。第二，就实践状况而言，《九民纪要》民刑交叉部分对于责令退赔与民事诉讼关系的重新定位，是否可以从根本上解决非法占有、处置财产犯罪中被害人赔偿救济所涉及的实践问题？倘若实践中仍然存在着适用困境，便可以以此为切入点，深入探讨责令退赔的制度局限，并就责令退赔背后的民刑关系展开学理反思。第三，从比较研究层面来看，通过考察域外被害人赔偿救济的制度构造，可以认识不同国家或地区在对待非法占有、处置财产犯罪中被害人赔偿救济模式的不同理解，挖掘制度背后的理论共性。最终，本研究的落脚点在于，从理论上重塑责令退赔与民事诉讼的关系定位，并就二者在司法实践中的协调适用给出具体意见。

〔1〕 其中包括：（1）主合同的债务人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，债权人请求担保人承担民事责任的；（2）行为人以法人、非法人组织或者他人名义订立合同的行为涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，合同相对人请求该法人、非法人组织或者他人承担民事责任的；（3）法人或者非法人组织的法定代表人、负责人或者其他工作人员的职务行为涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，受害人请求该法人或者非法人组织承担民事责任的；（4）侵权行为人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，被保险人、受益人或者其他赔偿权利人请求保险人支付保险金的；（5）受害人请求涉嫌刑事犯罪的行为人之外的其他主体承担民事责任的。

〔2〕 《刑法》第 64 条前半段规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还。”

〔3〕 参见胡康生、郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社 2004 年版，第 62 页。

一 责令退赔与民事诉讼关系变迁之规范考察

由于《刑法》对责令退赔的规定过于简单,无法为司法实践提供明确指引,因此,最高人民法院又以司法解释或“会议纪要”等方式明确了责令退赔在司法实践中的适用规则。通过对相关司法解释与“会议纪要”的梳理,可以认知我国刑事被害人损害赔偿体系的基本构造,并明确责令退赔与民事诉讼在这一体系中的基本定位。

(一) 司法解释与“会议纪要”梳理

在1996年与1997年,立法机关先后对《刑事诉讼法》与《刑法》作出全面修改。此后,最高人民法院通过司法解释与“会议纪要”的形式对责令退赔相关问题作出规定。按发布时间顺序,简要梳理如下(见表1)。

表1 司法解释与“会议纪要”的核心内容

| 发布时间 | 名称 | 核心内容(责令退赔与民事诉讼关系) |
|------|---|--|
| 1999 | 《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》(下称“《维护农村稳定会议纪要》”)第三部分(六) | 非法占有、处置被害人财产造成的物质损失应通过追缴或责令退赔途径解决,不属于附带民事诉讼案件范围。 |
| 2000 | 《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》(下称“《附带民事诉讼规定》”,已废止)第5条 | 追缴或退赔仍不能弥补损失,可另行提起民事诉讼的,人民法院可以受理。 |
| 2012 | 《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(下称“《刑诉法解释》”)第138条、第139条 | 属于应追缴或责令退赔的,被害人提起附带民事诉讼的,人民法院不予受理。 |
| 2013 | 《关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》(下称“《第六十四条批复》”) | 另行提起民事诉讼请求返还被非法占有、处置财产造成的物质损失,人民法院不予受理。 |
| 2014 | 《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》(下称“《刑事财产执行规定》”)第1条、第6条第3款、第7条、第13条 | 责令退赔系刑事财产执行范畴,由刑事裁判文书确定具体内容,具有强制执行效力。 |
| 2015 | 《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(下称“《民间借贷规定》”)第13条 | 即使借贷行为涉嫌犯罪或已构成犯罪,但借贷合同并非一律无效(并未直接规定责令退赔问题)。 |
| 2019 | 《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》(下称“《非法集资意见》”)第九部分 | 未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得,应当判决责令退赔,并由人民法院负责执行。 |
| 2019 | 《九民纪要》第十二部分 | 因“同一事实”非法占有、处置被害人财产造成的物质损失,应通过追缴、责令退赔途径解决;属“不同事实”相关情形,可另行提起民事诉讼。 |

总体来看,二十多年来,最高人民法院对责令退赔与民事诉讼关系的理解以及实践适用指引都在发生变化。以2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会议对《刑事诉讼法》作出第二次修正为时间界限,最高人民法院对责令退赔与民事诉讼关系的解释立场存在明显差异,但《刑法》第64条的规定本身并未发生任何变化。

（二）责令退赔与民事诉讼关系变迁

首先,在 2012 年《刑事诉讼法》第二次修正之前的一段时间里,另行提起民事诉讼可以成为被害人“无法通过责令退赔弥补其损失”的补救措施。最高人民法院于 2000 年发布的《附带民事诉讼规定》第 5 条强调,责令退赔仍不能弥补损失,被害人可另行提起民事诉讼。当然,对于被害人在责令退赔之外另行提起的民事诉讼,《附带民事诉讼规定》仅规定“人民法院可以受理”,而非应当受理。在这一时期,由于最高人民法院没有明确责令退赔具有强制执行效力,因而也就无法直接排除“被害人在责令退赔不能弥补损失的情况下寻求民事诉讼救济”。同时,学界也多是“从观念层面来解读责令退赔的性质,责令退赔更多地呈现出“形式化”特色,在被害人救济中的实质作用并不大。有学者指出,“责令退赔只是给予犯罪分子的一种宽限和主动机会;经退赔不能弥补被害人损失的,被害人也不能申请司法机关强制追缴犯罪分子的合法财产。被害人如果想弥补损失,必须通过民事诉讼的途径获得救济”。〔4〕“责令退赔是司法机关的附带性工作,不同于民事赔偿判决,不能在被告人无赔偿能力的情况下交给执行庭强制执行”。〔5〕“责令退赔仅仅是一种口头训诫措施,由司法工作人员面对犯罪分子进行,因而不宜由法院再判决责令退赔;无法退赔的,应当另行提起民事诉讼”。〔6〕此外,从实践情况来看,在这一阶段,被害人既不可以向法院申请执行,法院也不能依职权移送执行;除侦查过程发现的赃款赃物依法处置外,责令退赔沦为空判。〔7〕概言之,在这一时期,责令退赔名义上作为弥补被害人损失的重要方式,但实际上仅仅起到宣示作用,判后不能移交强制执行,被告人是否履行也不会对其服刑产生影响。

其次,责令退赔被赋予强制执行效力成为一个关键问题,直接影响着责令退赔与民事诉讼之间的关系变迁。在 2012 年《刑事诉讼法》第二次修订之后,《刑诉法解释》与《第六十四条批复》等司法解释均强调,属于责令退赔情形的,被害人既不得提起附带民事诉讼,也不得另行提起民事诉讼;此后,《刑事财产执行规定》则明确规定“责令退赔可直接申请强制执行”。上述司法解释的规定可谓相互照应。在最高人民法院看来,一旦责令退赔可直接申请强制执行,对于被害人而言,民事诉讼这一救济途径就已经没有存在的必要了。概言之,在《刑事财产执行规定》颁布后的一段时间内,涉罪财产救济似乎已不存在民事诉讼的可能,也即否定了此类案件中刑事诉讼与民事诉讼竞合的可能。〔8〕应当看到,通过民事诉讼的方式寻求权利救济是公民享有的基本权利。然而,最高司法机关却通过司法解释明确“以责令退赔取代民事诉讼”。这种强制性“取代”背后,隐含着我国特有的以实效为导向的司法逻辑。一方面,一段时间以来,我国刑事司法实践侧重于对犯罪人的责任追究与程序上的人权保障,忽视了涉案财物处理时的制度设计。〔9〕由于司法实践

〔4〕 杨宏亮:《责令退赔的司法适用及程序完善》,《人民检察》2005 年第 23 期,第 49 页。

〔5〕 刘延和:《追缴、责令退赔和刑事没收探讨》,《人民司法》2004 年第 12 期,第 45 页。

〔6〕 刘振会:《刑事诉讼中涉案财产处理之我见——刍议对〈刑法〉第 64 条的理解与适用》,《山东审判》2008 年第 3 期,第 92 页。

〔7〕 参见夏国强:《刑事责令退赔能否强制执行》,《江苏法制报》2012 年 4 月 19 日第 A07 版。

〔8〕 参见张卫平:《民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理》,《法学研究》2018 年第 3 期,第 106 页。

〔9〕 参见吴广哲:《论我国追缴违法所得判决的实现路径》,《河北法学》2017 年第 1 期,第 164 页。

中存在“重人轻物”问题,因此,有必要针对刑事案件财产执行问题作出专门规定,《刑事财产执行规定》的颁布为涉案财物处理提供了规范依据,也即将责令退赔纳入刑事财产执行制度之下并赋予强制执行效力。应当说,赋予责令退赔以强制执行效力是实现“以责令退赔取代民事诉讼”的前提条件。另一方面,“以责令退赔取代民事诉讼”暗含着“效率至上”的简化思维,也即,如经司法机关追缴或退赔,仍不能弥补损失,通常表明被告人已无退还和赔偿能力,被害人另行提起民事诉讼,只会获得无执行能力的“空判”,既增加当事人讼累,又影响司法权威,影响案结事了。^[10] 对此,有学者进一步指出,“刑事侵财案件的被害人无权提起刑事附带民事诉讼,其逻辑是司法机关通过国家权力都无法追缴回来或无法退赔的,通过诉讼的方式就更不可能实现得了,实现不了的权利就不用给了”。^[11] 不过,这种“效率至上”的简化思维所导致的“以责令退赔取代民事诉讼”之制度变化,未必真正有利于保护被害人的财产性权利;而且,权利是否能够实现与应否赋予权利并不是同一维度的问题,权利无法实现可能是源于制度设计的缺陷,并不等于否定了权利存在的正当性。因此,“以责令退赔取代民事诉讼”之制度变化在司法实践中表现出的实际效果及其背后的权利理论困境,将成为后文所要研讨的重点问题。

此外,还需要说明的是,2015年《民间借贷意见》虽然没有对责令退赔问题做出直接规定,但其从实体法层面强调,“涉犯罪的借款合同并非一律无效”。如果“涉犯罪的借款合同”可能具有法律效力,那么,当事人显然可以依据具有法律效力的“涉犯罪的借款合同”提起民事诉讼,合法的诉权无法被剥夺。在笔者看来,《民间借贷意见》并未完全认同上述刑事领域的文件所表明“以责令退赔取代民事诉讼”的基本立场。

最后,在被赋予强制执行效力之后的一段时间内,责令退赔曾一度绝对排斥民事诉讼。不过,最高人民法院最终还是认识到了问题之所在,在《九民纪要》民刑交叉部分对民刑交叉案件中不区分“是否属于同一事实”的做法——实质表现为以责令退赔排斥民事诉讼——予以及时纠正。《九民纪要》第128点与第129点共同确立了以责令退赔为原则、对例外情形可提起民事诉讼的“一般+例外情形列举”的模式。比较而言,第128点的作用在于纠偏。对于存在第128点所列举的“不同事实”情形,被害人(在刑事程序之外)提起民事诉讼的,法院应当予以受理,也即此类案件可纳入民事诉讼范围。第129点则表现出一种认同。就存在“同一事实”的案件而言,在无法追缴或无法全部追缴犯罪所得时,只能通过责令退赔弥补被害人损失,而不能提起民事诉讼。申言之,《九民纪要》所确立的“一般+例外情形列举”模式表明,对于仅存在“同一事实”案件中的被害人损害赔偿救济问题,通过具有强制执行效力的责令退赔制度就可以妥善解决,因而没有必要赋予被害人另行提起民事诉讼的救济权利。

(三) 责令退赔与民事诉讼在我国被害人损害赔偿体系中的职能分配

在我国,被害人因犯罪行为遭受损失时,被害人损害赔偿体系是围绕着两种不同的犯

[10] 参见江必新、胡云腾主编:《〈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〉理解与适用》,中国法制出版社2013年版,第148-149页。

[11] 胡学相、甘莉:《我国刑事被害人损害赔偿权的缺陷与完善——兼评相关司法解释的合理性》,《法治研究》2016年第4期,第84页。

罪类型展开的。一种类型是被害人人身或财产直接遭受侵害或破坏的犯罪,例如,故意伤害、交通肇事或故意毁坏财物等犯罪,犯罪使他人受损但犯罪人并未因此获利,属于“损人不利己型”;另一种类型是犯罪人非法占有、处置被害人财产的犯罪,如盗窃等侵财犯罪或者非法吸收公众存款、集资诈骗等经济犯罪,犯罪使他人受损且犯罪人因此获利,属于“损人利己型”。二者的根本差别在于,后者存在犯罪所得,而前者则不存在。对于前者,依据《刑法解释》第 138 条的规定,被害人应采取刑事附带民事诉讼的方式寻求救济;对于后者,依据《刑法解释》第 139 条、《第六十四条批复》以及《刑事财产执行规定》的规定,应当依法追缴犯罪所得,并返还被害人;无法追缴或只能部分追缴的,应由法院在判决书中责令退赔,并作为强制执行的依据,被害人不得提起刑事附带民事诉讼或另行提起民事诉讼。

从基本定位来看,通过责令退赔实现的被害人赔偿救济问题,属于刑事范畴,最终被纳入到刑事财产执行的范围;通过刑事附带民事诉讼或另行提起民事诉讼来实现的被害人赔偿救济问题,属于民事范畴,最终将被纳入到民事执行的范围。简言之,“刑事附带民事诉讼或另行提起民事诉讼”与“责令退赔”严格区分,成为我国被害人损害赔偿体系的两个分支。比较而言,置于被害人损害赔偿体系中的责令退赔与民事诉讼,呈现出如下差异。首先,责令退赔以认定犯罪人非法占有、处置被害人的财产为基础,以由刑事判决所确定的犯罪数额为依据,刑事裁判文书中直接明确责令退赔的主体、金额等相关情况;而附带民事诉讼或另行提起民事诉讼则要求被害人以原告的身份就其所遭受的损失提出具体的民事诉讼请求与相关证据,经由审判确定最终的赔偿数额。其次,责令退赔不需要被害人直接参与到诉讼程序中,司法机关的主导性与职权色彩在责令退赔中是显而易见的;附带民事诉讼或另行提起民事诉讼则是由被害人(原告)积极推动,并不涉及司法机关的主导性与职权色彩。最后,就刑事领域的责令退赔而言,其制度背后的理论依据通常被认为是“任何人不得因犯罪行为而获利”之质朴法理;^[12]而就民事领域的刑事附带民事诉讼或另行提起民事诉讼而言,其制度背后的理论依据则是民事不法的事实以及由此确立的请求权基础。

二 责令退赔与民事诉讼关系定位的局限性及反思

(一)《九民纪要》对责令退赔与民事诉讼关系重述的局限性

如前所述,《九民纪要》第 128 点与第 129 点共同确立了以责令退赔为原则、对例外情形可提起民事诉讼的“一般 + 例外情形列举”模式。这种变通后的“一般 + 例外情形列举”模式在很大程度上是一种“头痛医头、脚痛医脚”的暂时对策,作用范围较为有限。本质而言,《九民纪要》所确立的“一般 + 例外情形列举”模式属于对民刑交叉案件的管辖权

[12] 参见李以游:《刑事诉讼中责令退赔问题的几点思考》,《河北法学》2014 年第 11 期,第 197 页;邓光杨:《财产来源的合法性不能阻却追缴违法所得》,《人民司法》2018 年第 26 期,第 105 页;尹振国、方明:《我国刑事特别没收手段的反思与重构——兼论〈刑法〉第 64 条的完善》,《法律适用》2019 年第 5 期,第 110 页。

划分,侧重程序上的可操作性,并没有充分关注责令退赔背后的民刑实体关系。而且,这种划分是强制性的,缺乏正当的理论基础。

从逻辑关系上来讲,“同一事实”是指被害人与犯罪人之间所呈现出的刑事犯罪与涉案财物退赔之“重叠”事实,而“不同事实”则是指被害人与犯罪人之外的其他主体之间同时存在的民事法律事实。也即,所谓的“不同事实”案件,是指在被害人遭受他人犯罪行为侵害这一“同一事实”之外同时存在的其他法律事实。可以说,“不同事实”案件也是以“同一事实”为基础的——“同一事实”系“基础事实”,“不同事实”只是外在问题,把握好“同一事实”下的民刑关系才是关键。就“同一事实”案件所涉及的责令退赔制度而言,看似要协调好民刑程序,实际上却要以理解并处理好“民刑实体关系”为根本。由此而言,准确理解“同一事实”下的民刑实体关系与反思责令退赔的制度局限是两个相关联的问题,二者之间可谓一体两面的关系。遗憾的是,《九民纪要》所确立的“一般+例外情形列举”模式只是在一定程度上化解了实践争议,但并没有触及到根本问题,也即“民刑实体关系”,因而难以从根本上解决问题。

从实践层面来看,在《刑事财产执行规定》赋予责令退赔强制执行效力并对执行过程中的操作规则作出规定之后,纳入刑事财产执行范围并绝对排斥民事诉讼的责令退赔,在司法实践中的表现并不是如预期的那么完美;即使《九民纪要》第128点与第129点确立了“一般+例外情形列举”模式并重述责令退赔与民事诉讼的关系,但在实践适用中仍然存在着难以克服的困境。一是证明标准问题。作为刑事财产处置程序,责令退赔的证明标准实际上延续或者说贯彻了刑事诉讼中的优势证据标准,而民事诉讼的证明标准只需达到高度盖然性即可。二是程序性救济问题。当被害人对裁判文书中的责令退赔部分存在异议,由于其不是刑事诉讼中的参与者,因而不能提出上诉,也不能另行提起民事诉讼,似乎难以寻求程序上的救济。事实上,《刑事财产执行规定》并没有就这一问题作出规定。三是责令退赔与民事债务执行的顺位问题。《刑事财产执行规定》第13条强调,被执行人在执行中同时承担刑事、民事责任的,“退赔被害人的损失”优先于“其他民事债务”,依据是刑事案件的被害人对于遭受犯罪侵害的事实无法预测和避免。然而,将财产遭受损失无法预测、避免作为刑事案件的特有属性似乎略显牵强,民事侵权案件中受害人对于财产损失同样难以预测。四是责令退赔执行过程中案外人执行异议问题。《刑事财产执行规定》第14条强调,“执行行为异议”是案外人的权利救济途径,然而,以“执行行为异议”作为案外人救济的路径选择在救济范围与程序上均存在局限性,其与民事执行中以“执行异议之诉”为案外人提供充分、彻底之救济有着较大的差距。五是特别犯罪形态涉及的赔偿救济问题。多次犯中未能被认定为犯罪的部分行为可能不会被纳入到责令退赔的范围之内,被害人单独对此寻求民事救济也存在困难;共同犯罪中可能存在不起诉而未能被刑事追诉的部分行为人,无法将其纳入责令赔偿的主体范围,也难以让其承担民事责任。

(二)合法财产移转视角下责令退赔与民事诉讼关系定位的理论困境

责令退赔的制度逻辑在于,当犯罪所得无法追缴或无法全部追缴,犯罪人应按涉案财物价值等值赔偿被害人损失。即责令退赔并不是以犯罪所得为基础,而是要求犯罪人以

其合法财产对因其犯罪行为所造成的被害人财产损失作出赔偿。一旦触及到他人的合法财产,并以之为另一方提供赔偿,这实际上就是合法财产移转的过程。对于这一合法财产移转过程的性质、背后的基本法理以及刑事程序介入是否具有正当性,现有研究并未予以充分关注。实际上,当前责令退赔的制度设计背离了平等主体之间合法财产移转的理论路径。以此为切入点,可以对责令退赔与民事诉讼关系作更深刻的反思。

财产权是人权的基本内容,国家依照法律规定保护公民财产权。学理上,公民财产权又被分为积极的财产权^[13]与消极的财产权。我国《宪法》第 13 条第 1 款规定,“公民的合法的私有财产不受侵犯”,这凸显出财产权消极的一面。消极意义上的财产权会产生两种法律效果,首先是遵循基本权利的有关原则建立人民财产权制度,其次才是国家为公民财产权免受非法侵犯提供保障。^[14]显然,确立合法财产移转规则也是“遵循基本权利的有关原则建立人民财产权制度”的应有之意。客观来看,合法财产移转规则又涉及两种路径:一是依公权力直接取得,如税、费或罚款、罚金;二是平等权利主体之间的合法财产移转。就后者而言,除了因事实行为导致财产移转之外,平等权利主体之间的合法财产移转实际上就是“给付”过程。^[15]责令退赔在实践适用中所暴露的问题以及其中的理论困境均是由于其制度设计背离了合法财产移转的基本原则,将合法财产移转的两种路径相混淆了。

首先,现有规范将责令退赔定位为实质性的刑事财产处置措施,其以犯罪人的合法财产对被害人做出损害赔偿,实际上正是在平等主体之间实现了合法财产移转。本质上来讲,平等主体之间合法财产的移转过程属于“给付”行为;在民法理论上,与给付行为互为表里的是“请求权”。^[16]换言之,给付需要特定的请求权基础。由于案件类型的差异,给付行为的请求权基础可能是侵权,也可能是基于合同(违约)或缔约过失。被害人以犯罪人合法财产获得赔偿的请求权基础究竟是侵权、合同违约、缔约过失抑或是一种竞合关系,这实际上已超出刑事领域,却恰恰是民事领域所要探讨的问题。

其次,实体法上的“请求权”概念乃是从“诉”的概念中剥离后发展出来的。^[17]虽然在现代民事领域,诉权具有相对独立性——不具有合理的请求权基础仍然可以提起民事诉讼,但反之,存在请求权基础时,必然伴随着民事上的“诉权”。因此,虽然“诉”的概念着眼于程序法,“请求权”着眼于实体法,但二者是紧密联系在一起。请求权下的给付行为与诉讼活动中的“给付”之诉可谓一体两面。“侵权、合同(违约)、缔约过失亦或是竞合关系”作为不法状态对应着请求权之产生,“如何消除不法并重建适法状态”则构成请求权的内容。^[18]以请求权为基础的“如何消除不法并重建适法状态”,仍然是以民事诉讼

[13] 积极的财产权强调个人真正享有和实现对财产的权利,个人应享有为满足最低限度有尊严的生活所需的财产,包括社会保障和社会救助,即国家有义务积极采取措施确保每个人事实上享有“对财产”的权利。参见程燎原、王人博著:《权利论》,广西师范大学出版社 2014 年版,第 192 - 193 页。

[14] 参见张千帆主编:《宪法学》(第二版),法律出版社 2008 年版,第 187 页。

[15] 参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2012 年版,第 159 页。

[16] 参见[德]迪特尔·施瓦布著:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 146 页。

[17] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2013 年版,第 67 页。

[18] 参见吴香香:《民法典编纂中请求权基础的体系化》,《云南社会科学》2019 年第 5 期,第 95 页。

救济作为最终保障的。

再次,责令退赔是公权力强制处理以请求权为基础的给付行为,违背了请求权所具有的“诉”的天性。在赋予责令退赔强制执行效力时,最高人民法院仅基于“任何人不得因犯罪行为而获利”之质朴法理,将职权主导的责令退赔直接用于处理犯罪人与被害人之间的合法财产移转问题。应当看到,责令退赔实际上是强行的制度“嫁接”,将“刑事追诉问题”和“被害人与犯罪人之间的合法财产移转问题”涉及的刑民实体关系简单捆绑在一起,造成了追究刑事责任与被害人财产损失救济的功能混同。实则,当前被置于刑事领域的责令退赔的制度定位并不符合平等主体之间合法财产移转的理论路径。

最后,由于被定性为刑事财产处置措施的责令退赔所要解决的却是平等主体之间的合法财产移转问题,公权力强行介入并无法改变合法财产移转之给付行为品性及其背后的请求权行使原理,更无法割裂“合法财产移转、给付行为或请求权”与民事诉讼的天然联系。因此,将责令退赔与民事诉讼相对立——以责令退赔来排斥被害人另行提起民事诉讼,不仅存在明显的理论误区,而且在实践适用中也将暴露出诸多问题。

三 责令退赔的应然定位及其与民事诉讼的关系协调

责令退赔的制度设计不能脱离犯罪人与被害人之间合法财产移转的事实,在对待被害人损害赔偿救济问题上,域外国家或地区并未如我国一般针对“犯罪人非法占有、处置被害人财产的犯罪”专门设置责令退赔制度,这些国家或地区是在坚持民刑分立原则的基础上寻求制度创新,进而提高被害人损害赔偿救济的可操作性。在责令退赔的制度定位上,我们也应当遵循犯罪人与被害人之间合法财产移转的基本法理,即在坚持被害人损害赔偿(民事救济)与刑事追诉之相对独立性的基础上,明确责令退赔在被害人财产损害赔偿救济中的功能定位并协调好其与民事诉讼之间的关系。

(一) 域外相关制度考察——以日本法为重点

在大陆法系的一些代表性国家中(如法国、德国、日本、意大利等国),因犯罪行为遭受损失所涉及的被害人损害赔偿救济大体呈现如下构造:第一,被害人可以以附带程序参与到已经启动的公诉程序并直接诉请损害赔偿,但各国在附带程序的称谓、参与的时间以及与独立提起民事诉讼的关系等方面会有一定的差异;第二,被害人可以选择不参加附带程序,而是作为原告人向犯罪人另行提起独立的民事诉讼。总之,无论涉及到何种犯罪类型,遭受损失的被害人均具有民事诉讼的当事人地位,这是不容置疑的。^[19] 以下将以日本为例,就被害人因犯罪行为遭受损失所涉及的赔偿救济制度构造作具体考察。

首先,从基本制度定位来看,日本《刑法》第19条针对犯罪所得规定了没收与追征两种措施,其在性质上属于财产刑。在犯罪所得被挥霍或难以查找而无法没收的情况下,司

[19] 参见[法]克里斯蒂娜·拉塞杰:《赔偿不等于修复——欧洲六国刑事被害人赔偿制度比较》,王娜译,载赵秉志主编《刑法论丛》第4卷(2014年),法律出版社2015年版,第459-460页;房保国著:《被害人的刑事程序保护》,法律出版社2007年版,第291-294页;孙平:《法国法中犯罪行为引起侵权损害赔偿之司法救济》,《华东政法大学学报》2007年第3期,第106-110页。

法机关还应对犯罪人合法财产进行追征。值得注意的是,追征犯罪人合法财产的裁判,并不包括因犯罪而取得被害人财产的情形。这一限制是出于保障被害人恢复损害的目的,为确保被害人向犯罪人行使损害赔偿请求权。^[20] 易言之,这一部分财产是为被害人弥补其因犯罪所遭受的财产损失而保留的。理论上来看,“在作为民事责任的产生原因的侵权行为中,有一部分情形正是源于犯罪行为对他人所造成的损害。也即,犯罪行为本身,只要符合侵权行为的构成要件,就会产生民事责任,一种损害赔偿的责任”。^[21] 从制度构造上讲,刑事责任与民事责任是被分别对待的。被害人出于损害赔偿救济的需要,自然可以通过民事诉讼要求犯罪人就其犯罪行为承担赔偿责任。刑事责任产生于以“疑点利益归属被告”原则为基础的刑事诉讼,否则便无刑事责任;民事责任的产生是法院基于双方出具的证据与诉讼请求而经过综合判断的结果。^[22] 总之,因某一犯罪行为所涉及的刑事责任与民事责任属于不同层面的问题。

其次,针对有组织犯罪,日本所坚持的将被害人损害赔偿(民事诉讼)与刑事诉讼相分离的原则也出现了松动。有组织犯罪的场合所面临的问题在于,涉罪财产因洗钱行为而作了隐匿,或被害人因担心遭受打击报复而犹豫行使民事上的请求权,或者是被害人根本就不知道究竟向谁以何种方法谋求损害的救济。基于这些因素,实际上民事上的请求权不能被充分行使的情形并不少见。^[23] 从支持犯罪被害者的角度出发,日本专门制定了《根据犯罪被害人财产等支付被害恢复给付金法》,并确立了“被害财产给付金制度”。在这一制度中,检察官在很大程度上充当了被害人代理人的角色,其可以代替被害人追征犯罪人的合法财产——在无法没收或全部没收犯罪所得的情况下,将相当于被害人财产损失数额的金钱以“被害恢复给付金”的形式支付给被害人。具体来看,检察官会及时发出公告,要求被害人必须在 30 日内提出支付申请(被害人死亡而由继承人提出时,期限为 60 日),否则不予受理。^[24] 被害人申请中主要包括“证明其被害对象(或其继承人)的资格、被害财产损失数额以及请求支付的金额(包括补偿部分)与依据”。^[25] 在被害人提出申请后,检察官需要就被害对象的资格以及支付金额作出裁定,最终将裁定支付的财产金额返回给被害人。需要说明的是,“被害财产给付金制度”虽然为有组织犯罪中被害人救济提供了便利,但若是被害人未能在特定期限内提出支付申请,其仍然享有通过民事诉讼向犯罪人提出损害赔偿的权利。

最后,为了减轻被害人的负担,日本颁布《保护犯罪被害人等权益的刑事程序附随措施法》,其中在刑事诉讼中引入方便被害人损害赔偿的附随程序,即“损害赔偿令制度”。

[20] 参见金光旭、钱叶六:《日本刑法中的不法收益之剥夺——以没收、追缴制度为中心》,《中外法学》2009 年第 5 期,第 782 页。

[21] [日]西原春夫:《民事责任と刑事责任》,载[日]有泉亨主编《现代损害赔偿法讲座》,日本評論社 1976 年版,第 25 页。

[22] 参见[日]守屋典子、高橋正人、京野哲也:《犯罪被害者のための新しい刑事司法》(第 2 版),明石書店 2009 年版,第 23、177 页。

[23] 参见金光旭、钱叶六:《日本刑法中的不法收益之剥夺——以没收、追缴制度为中心》,《中外法学》2009 年第 5 期,第 791 页。

[24] 参见日本《根据犯罪被害人财产等支付被害恢复给付金法》第 7 条。

[25] 日本《根据犯罪被害人财产等支付被害恢复给付金法》第 9 条。

“损害赔偿令制度”是指对于一定类型的犯罪(主要涉及到谋杀、伤害、强迫猥亵、强奸、拘禁、诱拐等侵犯人身权犯罪),^[26]被害人或者死亡被害人的家属可以在完成刑事审判的同时向法院提出“损害赔偿令”的申请,且这个申请应该在第一审刑事辩论结束之前完成。从名称上来看,日本的“损害赔偿令”制度源于英美法上的“损害恢复令”或“赔偿令”等制度,但同时也借鉴了以德国为代表的“附带民事诉讼制度”。^[27]“损害赔偿令”制度是考虑到被害人人身伤害或心理伤害可能需要尽快地治疗或给予帮助,因而在刑事诉讼中引入了“简化版”的民事赔偿请求制度,但被害人仍然可以选择——在刑事诉讼中不申请损害赔偿令——通过普通的民事诉讼程序寻求权利救济。同时,依据《保护犯罪被害人等权益的刑事程序附随措施法》第34条第1款的规定,如果任何一方当事人对法院关于损害赔偿令的决定提出异议,就将转为普通的民事诉讼程序。易言之,“损害赔偿令”也被定位为便捷措施,以被害人选择为基础。被害人可以放弃“损害赔偿令”而选择普通的民事诉讼程序。

总体而言,日本在坚持刑事追诉与被害人损害赔偿相互独立之基本理念的同时,也在为减轻被害人向犯罪人提起损害赔偿时的负担寻求各种便利化的制度设计。但无论是“被害财产给付金制度”,还是“损害赔偿令制度”,都是以民刑相互独立为原则,并赋予被害人自我选择的机会。只有被害人在特定期间内选择在任一随附措施程序中提出申请,才可以排除其另行提起民事诉讼的权利。应当看到,在为被害人损害赔偿救济提供便捷性制度设计的同时,立法并没有否定被害人通过民事诉讼途径寻求权利救济的正当性与可能性,没有改变合法财产移转所应具有的请求权行使之基本品性。

(二)责令退赔与民事诉讼关系的应然选择

责令退赔仅仅是一种解决被害人损害赔偿问题的制度设计,该制度设计不能脱离实质问题,也即不能背离平等主体间合法财产移转的理论路径,这是解读责令退赔制度下民刑关系的基本前提。因此,无论寻求何种制度设计,都不能否定以犯罪人合法财产对被害人进行的损害赔偿实为给付行为,不能忽视其应具备的请求权品性,更不能使被害人损害赔偿(民事救济)与刑事追诉之间的相对独立性变得模糊。如果认识到责令退赔所处理的是合法财产移转问题,应遵循给付行为下请求权之基本法理,就不可能绝对地排斥被害人另行提起民事诉讼。由此而言,只有在责令退赔制度中融入某种民事品性,增加被害人参与元素,才能使其与民事诉讼之间形成一种理性的位阶关系。重述责令退赔制度下的民刑关系,实际上就是在坚持被害人损害赔偿(民事救济)与刑事追诉之间具有相对独立的基础上寻求制度融合,明确刑事领域内责令退赔可以有条件地否定被害人另行提起民事诉讼,也即在民刑分界的基础上实现责令退赔制度下的民刑关系协调。

第一,针对犯罪人非法占有、处置被害人财产问题,应将责令退赔定位为被害人自愿同意下的便捷程序。这一定位符合犯罪人与被害人之间合法财产移转的实质内涵。具体

[26] 参见日本《犯罪被害人权利保护法》第23条第1款。

[27] 参见[日]守屋典子、高桥正人、京野哲也:《犯罪被害者のための新しい刑事司法》(第2版),明石書店2009年版,第159页。

而言,在确定财产犯罪涉案数额但尚未做出刑事判决之前,法官应将做出责令退赔所涉及的退赔金额、主体等相关信息告知被害人,并听取被害人意见。若被害人对犯罪事实以及裁判文书所确定的退赔数额表示认同,接受退赔,判决书应直接做出责令退赔的判决,并赋予强制执行效力。在融入被害人参与的情况下,责令退赔具有一定程度的“民事”色彩,因而可以成为强制执行的依据。在被害人不认可责令退赔数额、不认可责任承担者或者存在其他异议时,应告知其另行提起民事诉讼;裁判文书中也无须做出责令退赔的判项。同时,若犯罪人不认同责令退赔金额或犯罪事实,其可通过直接上诉寻求程序救济。

第二,另行提起民事诉讼成为责令退赔之外的救济途径,被害人享有程序选择权。责令退赔的启动应以被害人自愿为前提。选择适用责令退赔的,被害人不得另行提起民事诉讼。被害人不同意责令退赔的,可告知其另行提起民事诉讼。当前,以责令退赔解决因犯罪人非法占有、处置被害人财产而引发的损害赔偿问题,由于可直接进入财产执行程序,节省了国家司法资源,减少了当事人的诉讼负担,有助于提高被害人权利救济的效率。与责令退赔有所不同,民事诉讼在被害人权利救济上更为全面、更能体现被害人自身的诉求,但民事诉讼程序完全需要被害人自行推动,其中的困难和诉讼成本显而易见。理性的被害人会在民事诉讼救济全面性与责令退赔的便捷性之间作出权衡。若犯罪事实较为简单,通过责令退赔即能弥补被害人遭受的财产损失,被害人可以快速进入执行程序,显然就没有必要另行提起民事诉讼;若案件涉及复杂的法律关系,尤其是在犯罪人之外还涉及到其他主体、其他法律关系、其他利益(如利息)或寻求更多损害赔偿,责令退赔显然无法全面解决上述问题,另行提起民事诉讼或许是更好的途径。总之,应当肯定民事诉讼作为责令退赔之外的救济途径,理性的被害人可以在权衡利弊的基础上作出选择。

第三,责令退赔所涉及的犯罪人的合法财产份额,按照债法基本原理,与其他各债权人平等受偿,并统一纳入民事执行程序。当前,《刑事财产执行规定》第 13 条规定了“责令退赔所涉及的财产执行部分较普通民事债务具有优先受偿权利”。^[28]理由是,“由于刑事案件被害人对于遭受犯罪侵害的事实无法预测和避免,被害人对被非法占有、处置的财产主张权利只能通过追缴或者退赔予以解决,在赃款赃物追缴不能的情况下,被执行人在赃款赃物等值范围内予以赔偿,该赔偿优先于其他民事债务具有合理性”。^[29]但是,就“可预测性、可避免性”而言,犯罪行为与侵权行为并没有本质的区别,普通交通事故所引发的损害赔偿与构成交通肇事犯罪所引发的被害人赔偿救济,其“可预测性、可避免性”完全是相同的。可以说,无论是犯罪被害人还是其他侵权之债的权利人,对于犯罪人合法财产所享有的请求权都是相对权,不具有优先性。这一道理同样可以延伸到合同之债以

[28] 《刑事财产执行规定》第 13 条规定:“被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任,其财产不足以支付的,按照下列顺序执行:(一)人身损害赔偿中的医疗费用;(二)退赔被害人的损失;(三)其他民事债务;(四)罚金;(五)没收财产。债权人对执行标的依法享有优先受偿权,其主张优先受偿的,人民法院应当在前款第(一)项规定的医疗费用受偿后,予以支持”。

[29] 《规范刑事裁判涉财产部分的执行 维护刑罚的严肃性和当事人合法权益——最高人民法院执行局负责人就〈关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定〉答记者问》,《人民法院报》2014 年 11 月 16 日第 03 版。

及其他债权人,这是贯彻债法原理的基本要求。事实上,一旦明确责令退赔所处理的合法财产移转及其背后的请求权原理,就可以得出上述结论,责令退赔所涉及的犯罪人的合法财产份额应与其他各债权人平等受偿,并且都应被统一到民事执行程序。

第四,我国当前以责令退赔为原则、例外情形可提起民事诉讼的“一般+例外情形列举”模式,值得进一步反思。首先,“一般+例外情形列举”模式仍然排除了一般情况下提起民事诉讼的可能性,这违背了合法财产移转背后的请求权原理,显然不具备理论正当性。其次,在“一般+例外情形列举”模式下,所列举的可提起民事诉讼情形难以穷尽司法实践中的种种例外,“就事论事”式补救无法根本上解决问题,反而会引发更多的实践困惑。最后,重要的是,由于例外情形中涉及的“同一事实”与“不同事实”所引发的财产损害赔偿问题分别置于刑事与民事两个不同程序之中,最终将进入不同的财产执行程序,这既增加当事人的诉讼负担,也会造成执行过程中司法资源的浪费,不具有经济性。将二者一并纳入民事执行程序,能够避免在处理民刑交叉问题时人为割裂法律关系,保持审判与执行的连贯性与统一性,这既是司法精确性的体现,也有助于全面维护被害人的合法权益。

总之,本文倡导回归基本法理,在坚持被害人损害赔偿(民事救济)与刑事追诉之间相对独立的基础上,将责令退赔定位为被害人自愿同意下的便捷程序,赋予被害人程序选择权,以此确立责令退赔与另行提起民事诉讼的并存模式。

四 结 语

责令退赔的制度定位与实践适用反映出刑民交叉案件中实体与程序的错位,追求便捷的程序设计从根本上改变了刑民实体关系,这是问题的本质,体现了“家长主义刑法观”的倾向。被置于刑事程序中的责令退赔具有国家主导性,表现出国家代表被害人行使权利的特点,其可以减轻被害人的诉讼负担,具有高效率与便捷性。然而,国家代为包办被害人权利行使,难以满足不同被害人个性化的具体利益需求;过于注重便捷、效率而忽视了制度理性与问题本质,必将影响到权利救济的全面性。可以说,私力救济在犯罪治理体系中所具有的优势,是国家强制力量所无法替代的。^[30]事实上,刑事诉讼强调社会普遍利益的维护,强调公诉机关可以代表被害人,却或多或少忽视了社会利益的多元化和矛盾性,忽视了被害人的独特要求。^[31]以损害赔偿为目标的请求权之行使如何才能满足权利主体自身的利益需要,只有权利主体能准确知晓。不顾被害人自我决策,通过刑法强行干预被害人的权利救济,实际上隐含着某种推断:被害人所经受的损害及其相关权益是可以简化处理的,被害人对于如何寻求救济以弥补其损失并不需要具有过多的“发言权”。刑事诉讼中的公诉制度是民众将自己的权利让渡给国家所形成的制度样态,具有其宪法依据,而损害赔偿请求的权利则并未被让渡给国家,以国家公权力为支撑的责令退

[30] 参见卢建平、姜瀛:《治理现代化视野下刑事政策重述》,《社会科学战线》2015年第9期,第229页。

[31] 参见龙宗智著:《相对合理主义》,中国政法大学出版社1999年版,第56页。

赔来实现被害人的权利救济,在理论上难以证成,因此必须融入被害人参与。其实,责令退赔制度并非不重视被害人的权利救济,但通过刑事执行手段强行介入被害人的损害赔偿,凸显国家对效率的过度追求以及对刑法手段的盲目迷信,实为“家长主义刑法观”的体现,应予以纠正。

[本文为作者主持的 2020 年度大连海事大学中央高校基本科研业务费项目“民刑交叉视野下责令退赔制度定位与适用协调问题研究”(3132020245)的研究成果。]

[**Abstract**] In view of the loss caused by the criminal's illegal possession and disposal of the victim's property, when the proceeds of a crime cannot be recovered in whole or in part, an order of restitution or compensation becomes a remedy for the victim. When given the force of compulsory enforcement, the order of restitution or compensation once absolutely excluded the filing of another civil action by victim. *The Minutes of the National Courts' Civil and Commercial Trial Work Conference* rectifies this deviation by listing the exceptional circumstances in which civil action can be filed concurrent with and outside of criminal proceedings. However, this kind of “matter-of-fact” remedy does not touch the fundamental problem of “civil-criminal entity relationship”. In essence, the order of restitution or compensation deals with the transfer of legal property between two equal parties—the criminal and the victim. This kind of legal transfer of property should take the act of performance and the right of claim as its theoretical basis, while the natural relationship between civil action and the right of claim is the fundamental guarantee of the act of performance. In this sense, the order of restitution or compensation “has no power” to exclude the right of the victim to bring a civil action. The simply “bundling” civil and criminal relations together through the exercise of public power results in the confusion of the function of criminal prosecution and the remedy for victim's property loss, thus going against the basic principle of legal property transfer. Only by positioning the order of restitution or compensation as a convenient procedure with the victim's voluntary consent and by giving the victim the right to choose the procedure, can the victim's right to bring a separate civil action be conditionally excluded, so that the civil-criminal relationship under the system of order of restitution or compensation can be fundamentally straightened out and the coordination between the order of restitution or compensation and civil action can be realized.

(责任编辑:王雪梅)