

人身损害赔偿 诉讼救济 及风险规避

RENSHEN SUNHAI PEICHANG SUSONG
JIUJI JI FENGXIAN GUIBI

► 宋高初 / 著 ◀

以被害人依法维护自己的合法权益为出发点，
剖析被害人在提起或参与各种诉讼过程中存在的风险，
全面分析各类诉讼中切实可行的风险规避措施。

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

人身损害赔偿诉 讼救济及风险规避

宋高初 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

人身损害赔偿诉讼救济及风险规避/宋高初编著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0343 - 6

I. 人… II. 宋… III. 人身权 - 侵权行为 - 赔偿 - 民事诉讼 - 研究 - 中国 IV. D923. 14

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 001769 号

人身损害赔偿诉讼救济及风险规避

REN SHEN SUN HAI PEI CHANG SUSONG JIU JI JI FENG XIAN GUI BI

著者/宋高初

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/7.125 字数/160 千

版次/2007 年 12 月第 1 版

2007 年 12 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0343 - 6

定价: 18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66066324

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

自序

法学源于实践，应服务于现实生活，否则其如空中楼阁，虽雄伟在外却百无一用。因此，笔者著书浅述多年潜心研究我国诉讼法学之心得，希望此书能带给现实生活中人身遭受损害的被害人些许帮助，为被害人正义大厦的早日竣工添砖加瓦。

本书以人身遭受损害的被害人物质损失、精神损失弥补为主题，详细分析了目前我国现实生活中人身遭受损害的被害人提起民事侵权诉讼、行政赔偿诉讼、刑事自诉、刑事附带民事诉讼或参与刑事公诉的条件、可能遭受的风险及风险规避措施，着重论述了被害人在提起或参与各种诉讼过程中依法规避各种经济、非经济风险措施的现实可行性问题。

本书具有以下特征：1. 结构严谨，语句通俗、简练。本书紧扣主题展开论述，内容前后逻辑性较强，用语务求简洁、平民化，便于广大民众阅读、理解掌握；2. 内容以实用性为主，学术性为辅。本书写作过程中，笔者始终坚持服务民众的写作原则，在内容构建方面采取实用性为主，学术性为辅的原则，主要论述现实生活中人身遭受损害的被害人如何在我国现行法律框架下依法维护自己的合法权益。关于人身合法权益保障方面的理论问题，本书论述较为简单以免误导民众。

笔者才学疏浅，再加上结题压力仓促行文，自觉书中定有不少缺陷，故敬请读者给予指正。谢谢！

宋高初

2007年11月

目 录

自 序	1
第一章 遭受人身损害的被害人主要权利分析	1
一、人身权及人身损害行为概述	1
二、现行法律框架下遭受人身伤害的被害人 主要权利	5
三、赔偿的范围及标准	8
第二章 行政赔偿诉讼	22
一、职务行为与个人行为的区分	22
二、行政赔偿诉讼的起诉条件分析	23
三、诉讼风险	30
四、风险规避措施分析	34
第三章 民事侵权诉讼	45
一、民事侵权诉讼的起诉条件分析	45
二、诉讼风险	48
三、风险规避措施分析	54
第四章 刑事自诉	70
一、刑事自诉的起诉条件分析	70
二、诉讼风险	74
三、风险规避措施分析	76
第五章 刑事公诉	81
一、诉讼风险	81
二、风险规避措施分析	84

第六章 刑事附带民事诉讼	87
一、刑事附带民事诉讼的起诉条件分析	87
二、诉讼风险	92
三、风险规避措施分析	94
第七章 在诉讼过程中被害人规避诉讼风险的方式	97
一、聘请律师提供法律服务	97
二、申请法律援助与司法救助	107
三、申请财产保全	114
四、申请先予执行	121
五、申请或参与、接受法院的民事调解	124
六、进行或协助代理律师进行必要的调查取证	131
第八章 人身遭受损害的被害人诉讼风险规避措施	
完善	147
一、相关保险制度的完善	147
二、建立公诉案件刑事和解制度	174
三、我国刑事附带民事诉讼判决执行制度的完善	190
四、建立暴力犯罪被害人国家补偿制度	202
五、民事诉讼当事人调查收集证据制度的完善	214

第一章 遭受人身损害的被害人 主要权利分析

一、人身权及人身损害行为概述

我国 1982 年《宪法》在总结历史经验教训的基础上，在第 37、38、39、40 条中明确规定了公民人身自由不受侵犯原则，包括任何公民不受非法逮捕、拘禁，不受非法剥夺或者限制自由，不受非法搜查身体；公民的住宅不受侵犯；通信自由和通信秘密；公民的人格尊严不受侵犯，禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。依据我国《宪法》的上述规定，我国法学界将我国《宪法》规定的上述公民权利称为人身权，即与公民的人身紧密相联且无直接财产内容的权利，包括生命权、健康权、身体权、人身安全权、人身自由权、名誉权、荣誉权、肖像权、姓名权、隐私权等。^①

所谓人身损害行为是指行为人违反我国现行法律法规规定，故意或过失地侵害他人人身权，依法应承担相应法律责任的行为。

^① 这些包含于人格权范畴的权利既相互交叉，又包含了丰富的内涵，如人身自由权可延伸为住宅不受侵犯、通信自由和通信秘密受法律保护、居住自由、意志自由和迁徙自由等。而通信自由和通信秘密又属于隐私权的范畴。详见马红斌：“试论我国公民人身权的宪法保障”，载《西南民族学院学报（哲学社会科学版）》2000 年第 5 期。

(一) 从侵害的程度进行区分, 人身损害行为包括民事侵权行为和犯罪行为。

民事侵权行为是指行为人由于过错, 违反民事法律法规规定的义务, 以作为或不作为的方式, 侵害他人人身权利和财产权利, 依法应当承担损害赔偿等民事法律后果的行为。民事侵权行为具有以下特征: (1) 民事侵权行为是违反我国民事法律法规, 尚不构成刑事犯罪, 依法应承担相关民事法律责任的行为。(2) 因侵权行为所导致的民事责任形式有返还财产、恢复原状、赔偿损失、停止侵害、消除影响、赔礼道歉、恢复名誉、排除妨碍和消除危险。

以构成条件不同, 侵权行为可分为一般侵权行为和特殊侵权行为。所谓一般侵权行为是指因故意或过失而造成他人财产或人身损害, 应当承担民事责任的行为。一般侵权行为应同时具备不法行为、损害后果、因果关系、过错四方面构成条件; 特殊侵权行为是指不要求完全具备一般侵权行为的上述四个构成条件, 而是根据法律法规的特殊规定应当对于他人的财产、人身损害承担民事责任的行为。目前我国法律法规规定的特殊侵权行为主要有: 建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害行为; 因共同危险行为致人损害行为; 医疗损害行为; 因新产品制造方法发明专利引起的专利损害行为; 高度危险作业致人损害行为; 因环境污染致人损害行为; 饲养动物致人损害行为; 产品因缺陷致人损害行为。

犯罪行为是指已符合犯罪构成要件, 依法应追究行为人刑事责任的行为, 包括被提起刑事自诉的犯罪行为和被提起公诉的犯罪行为。现实生活中, 部分损害公民人身合法权益的侵权行为构成犯罪的条件如下:

1. 侮辱行为导致侮辱犯罪的条件是: 情节严重。所谓情

节严重，主要是指：（1）手段恶劣。如当众强行扒光被害人的衣服、当众将粪便塞入被害人口中等；（2）侮辱行为造成严重后果。如被害人不堪侮辱自杀或因受侮辱导致精神失常；侮辱外宾、党和国家领导人造成恶劣影响；多次实施侮辱行为等。某种侮辱行为是否达到“情节严重”在司法实践中通常由人民法院根据案件情况综合考虑。

2. 诽谤行为导致诽谤犯罪的条件是：情节严重。所谓情节严重，主要是指行为人动机卑鄙、手段恶劣、内容恶毒、后果严重、影响极坏等。某种诽谤行为是否达到“情节严重”在司法实践中通常由人民法院根据案件情况综合考虑。

3. 故意伤害行为导致伤害犯罪的条件是：被害人受伤害程度达到轻伤或重伤。被害人的受伤害程度由司法鉴定机构依照最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于1990年联合颁发的《人体轻伤鉴定标准（试行）》、《人体重伤鉴定标准》来依法进行鉴定。被害人、加害人如对鉴定机关作出的鉴定结论不服，可在诉讼过程中向我国公安司法机关申请重新鉴定。对人身伤害的医学鉴定不服而进行的重新鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。过失伤害至被害人重伤才构成过失重伤罪。

4. 交通肇事行为构成犯罪的条件是：肇事情节恶劣或肇事后果严重。在我国现实生活中，交通肇事具有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑或者拘役：（1）死亡一人或者重伤三人以上，负事故全部或者主要责任的；（2）死亡三人以上，负事故同等责任的；（3）造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在三十万元以上的。交通肇事致一人以上重伤，负事故全部或者主要责任，并具有下列情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚：（1）酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的；（2）无驾驶资格驾驶机动车辆的；（3）明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机

动车辆而驾驶的；(4)明知是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的；(5)严重超载驾驶的；(6)为逃避法律追究逃离事故现场的。

(二)从侵害的对象进行区分,人身伤害行为包括侵害生命权的行为、侵害健康权的行为和侵害人身自由权的行为。

侵害生命权的行为是指非法剥夺他人生命权的行为,其结果是受害人死亡。在实践中,凡是致人死亡的非法行为,都是侵害生命权的行为。侵害生命权行为的形态大致可以分为积极的作为和消极的不作为。积极的作为诸如把人杀死或伤害致死。一般说来,伤害致死是侵害人并无伤害生命权的意图,只是想给受害人的身体造成伤害。但死亡与加害行为有因果关系,仍然构成对生命权的侵害;消极的不作为致人死亡,必须以侵害人负有法定的作为义务为要件。如在道路上施工,没有采取安全措施致使行人摔死;医生对病人没有采取合理诊治措施致使病人因延误治疗而死等。

侵害健康权的行为是指非法损害他人身体外部组织的完整、内部生理机能的健全,影响他人生理机能的正常运作、功能正常发挥、生命活动的正常维持等行为。这些行为有的是作为,比如殴打、各种交通事故、食物中毒、环境污染等;有的是不作为,如《中华人民共和国民法通则》第125条、第126条规定的地下施工未设安全标志和防范措施、建筑物上的悬挂物、搁置物致人健康损害等。^①

侵犯人身自由权的行为通常是指其非法限制、剥夺或妨碍他人身体自由的行为,主要包括非法拘禁、非法搜查他人身体和非法妨碍他人通行自由。在现实生活中,妨害他人通行自由的情形

^① 黄冬媛:《人身伤害中精神损害赔偿问题探讨》(硕士学位论文),第3-4页。

并不少见,如某些家庭在进行房屋装修时,把大量的废物或材料堆放在公共楼道里,持续相当一段时间也不进行清理,给其他居民的通行造成很大障碍;又如,某些施工队长期破坏或侵占道路,严重影响周围居民的出行甚至无法出入家门。这些行为都应认为是妨害他人通行自由,侵害了公民人身自由权的侵权行为。当然,如果是为了公用事业而暂时阻隔或关闭通道,如架设管道,修路等,不应认为是妨害他人通行自由的侵权行为。^①

二、现行法律框架下遭受人身伤害的被害人主要权利

遭受人身伤害的被害人除依法享有我国法律法规赋予给我国民的权益外,基于其人身受伤害的客观事实,还依法享有下列权利:

(一) 依法选择适当的途径来弥补自己所遭受的物质、精神损失。

在我国现行法律框架下,遭受人身伤害的被害人弥补自己所遭受的物质、精神损失的途径主要有:自行和解、申请或接受调解、申请国家赔偿、提起民事、刑事、行政赔偿诉讼。被害人在选择弥补途径时应遵循合法原则,即被害人选择弥补途径的种类和方式均应符合我国现行法律法规规定,否则被害人在不能弥补其所遭受损失的同时可能还要承担因其实施违法行为所导致的损失。根据我国现行法律法规规定,对于告诉才处理的案件、被害人有证据证明的轻微刑事案件,被害人即自诉人可与被告人自行和解或撤诉。(关于上述两类案件的范围及自行和解的利弊分析详见本书第四章内容)但对已构成犯罪、依法应提起公诉的人身伤害行为如抢劫、强奸行为,现行法律

^① 单晓华:《人身自由权的民法保护》(硕士学位论文),第13页。

法规不允许被害人与加害人自行和解。如遭受抢劫犯罪行为侵害的被害人对加害人实施包庇行为并经我国公安司法机关（包括公安机关、人民检察院和人民法院）查证属实，则被害人因实施包庇行为所获得利益被依法没收的同时被害人还可能要承担包庇行为所导致的刑事责任。

从经济层面上看，非诉讼救济方式较诉讼直接、便利、具实效性、成本低、效率高、易吸收不满和贴近人性，但在现实生活中，人身遭受损害的被害人通常会选择诉讼途径来维护自己合法权益，原因主要有：

1. 以自行和解或调解为主要内容的非诉讼救济方式在现实生活中的成功实施须以纠纷各方互谅互让为前提。现实生活中，大部分纠纷当事人在纠纷发生后均想“讨个说法”。不能明确、公正地“给个说法”的非诉讼救济方式通常不被纠纷当事人认同、接受。

2. 我国经过几十年的法制建设和普法宣传，广大民众的法律意识较好，均知各种纠纷应依法解决，但对目前我国现行法律法规的相关规定了解不多。部分被害人因担心自行采取非诉讼救济途径进行自我救济易导致自身行为违法而不敢采用非诉讼方式来解决纠纷。

3. 国家为加强法律对社会纠纷的调控功能，在对社会民众的法制宣传教育中有意或无意地将诉讼的正面功效夸大。目前在我国民众中形成了“有困难找警察”的观念。人身损害纠纷的当事人或知情者在现实生活中通常会通过 110 报警系统来积极控告、报案或举报。

4. 诉讼自有的功效：（1）外表具有中立特征的司法机关能公正地给纠纷当事人“一个说法”。（2）由诉讼程序法律法规所规定的诉讼程序通常具有最大程度的公正性。公正的诉讼程序所具有的参与、中立、对等、理性、自治等原则能最大程度地再现案件事实真相，因而能有效地避免冤假错案的出现。

同时，由于公正的诉讼程序给予纠纷当事人充分而富有意义地参与司法决定制作机会，使他们的人格尊严和利益受到尊重和关注，从而致使接受不利诉讼结果的一方当事人产生受尊重、得到公平对待的感觉，尊重、认同司法处理结果，自愿履行判决。(3) 任何纠纷处理方案只有得到切实执行才能使被害人的损失得以弥补。依据我国现行法律法规规定，生效的司法文书（包括判决书、裁定书和人民法院制作的调解书）具有强制执行的效力。在被执行人不自觉履行司法文书所确定内容情形下，人民法院可通过国家强制力强制执行，并可对拒不履行法院生效裁判的当事人进行司法拘留，甚至以拒不执行法院生效裁判罪来追究其刑事责任。

(二) 请求国家机关依法追究加害人民事责任、行政责任、刑事责任中的一种或几种。

所谓民事责任，是指民事法律关系主体因违反民事法律法规规定，依法应承担的否定性法律后果。据我国《民法通则》第134条规定，加害人承担民事责任的方式主要有：(1) 停止侵害；(2) 排除妨碍；(3) 消除危险；(4) 返还财产；(5) 恢复原状；(6) 修理、重作、更换；(7) 赔偿损失；(8) 支付违约金；(9) 消除影响、恢复名誉；(10) 赔礼道歉。以上承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。在人身伤害案件中，加害人通常承担的民事责任方式主要有停止侵害、消除危险、赔偿损失、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。

所谓行政责任，是指行政法律关系主体因违反行政法律法规规定，依法应承担的否定性法律后果。在现实生活中，加害人应承担的行政责任通常是行政处罚。现实生活中对加害人进行行政处罚的主要法律依据是《中华人民共和国治安管理处罚法》（后简称《治安管理处罚法》）。根据该法的相关规定，

实施人身伤害行为的加害人可能承担的行政处罚种类主要有：警告、罚款和行政拘留。在现实生活中，如非法限制他人人身自由、非法侵入他人住宅或者非法搜查他人身体的，可处十日以上十五日以下拘留，并处五百元以上一千元以下罚款；情节较轻的，处五日以上十日以下拘留，并处二百元以上五百元以下罚款；

所谓刑事责任，是指我国公民（部分犯罪案件的单位）因违反刑事法律法规规定，依法应承担的一种否定性法律后果。在现实生活中加害人的承担刑事法律责任通常是刑罚。我国《刑法》规定的刑罚分为主刑和附加刑。主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑；附加刑包括罚金、剥夺政治权利和没收财产。附加刑可与主刑并列使用，也可独立使用。在现刑事司法实践中，侵犯公民人身权的犯罪行为所承担的刑事责任主要包括拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑，有时并处剥夺政治权利。

在现实生活中，对某一人身伤害行为，追究法律责任的方式不仅限于一种，可同时追究行为人两种或三种法律责任。如对某一伤害行为，可依法追究加害人赔偿损失、有期徒刑等责任。

（三）赔偿请求权。

赔偿请求权是我国法律法规赋予遭受人身损害行为侵害的被害人弥补其物质损失的一项重要权利。根据目前我国现行法律法规规定，遭受人身损害行为侵害的被害人请求物质、精神损失的赔偿范围和标准见本章第三部分内容。

三、赔偿的范围及标准

在现实生活中，人身损害行为在带给被害人精神、肉体痛

苦的同时通常也会导致被害人遭受一定程度的物质损失。依据《民法通则》第106条第2、3款规定，公民、法人由于过错侵害他人人身的应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。民事责任的承担方式多种多样，对遭受人身损害的被害人而言，赔偿是一种重要的责任承担方式。关于赔偿的范围及标准问题，我国《民法通则》第119条规定：“侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残疾者生活补助费等费用。”因该条款过于原则难以在现司法实践中操作，最高人民法院于2003年12月4日颁布、2004年5月1日实施《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》）。由于被害人遭受人身损害的程度不同，故赔偿义务人赔偿的范围及标准亦有所不同。

（一）一般人身损害赔偿的范围及标准。

一般人身损害赔偿亦称为常规赔偿，是指经过治疗可以恢复健康，还没有造成受害人残疾或者死亡后果的赔偿。根据《民法通则》、《人身损害赔偿解释》及其他法律法规的规定，一般人身损害赔偿的范围及标准如下：

1. 医疗费。（1）医疗费根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证并结合病历和诊断证明等相关证据确定。但是对农村，特别是偏远山区受损害农民，就近在个体等医疗诊所就诊治疗的费用，经审查属正常治疗费用的，也应认可。在现司法实践中，治疗医院既可以是侵权行为发生地或是受害人住所地较近的医院，也可以是外地医院。赔偿义务人对治疗的必要性和合理性有异议的，应当承担相应的举证责任。对于转院治疗费用问题，如经先行就诊医院书面证明同意转院治疗的，有关费用赔偿义务人应当赔偿；对于未经同意而擅自另找医院治疗的，因被害人通常难以提供证明其转院治疗必要性的相关

证据，故在现司法实践中被害人的相关赔偿要求通常难以得到支持。(2) 医疗费须是治疗外伤或损伤所引起的疾病开支，其数额按照一审法庭辩论终结前实际发生的数额确定。对医疗费用，赔偿义务人有异议的，应经治疗医院或法医核实。(3) 在治疗医院以外的医疗单位或药店购买的药品，须经治疗医院批准，按治疗医院处方购药。私自购买的药品，原则不予赔偿。(4) 医疗单位发出出院通知单后，受害人无正当理由不出院的，所花费用应由受害人自负。赔偿义务人能够证明受害人无需住院或者应当早出院的，从无需住院或者应当出院之日起以后发生费用，不予认定。

2. 误工费。误工费的计算原则上应当按照其实际损伤程度，恢复情况并参照治疗医院出具的证明或者法医鉴定等认定。赔偿的误工日期，以治疗单位出具的诊断证明书或者法医鉴定为依据。实际误工日期少于治疗医院休假证明的，一般以实际误工日期认定。无休假证明而受害人确需休养的，可征求医院及法医鉴定处理。受害人因伤致残持续误工的误工时间可以计算至定残日前一天。受害人每日的赔偿费用及标准，按受害人平时的平均工资或实际收入计算。确定误工工资的赔偿数额应注意以下方面：(1) 被害人的工资固定的，应先确定月工资总收入，并算出平均日工资，然后再按误工时间计算整个误工工资。如受害人无固定收入的，按照其最近三年的平均收入计算；受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的，可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。对于城乡承包经营户或个体工商户人身损害的误工工资，可以参照受害人在最近三年的平均收入或者以其向税务机关纳税的税单为依据酌定，或者以当地个体经营的同行业、同等规模、同等劳力当月的平均收入（或中等收入）为标准来计算。(2) 奖金赔偿问题。有些受害人提出的奖金损失及将来影响提薪晋级等损失，要求加害人赔偿的，因没有法律依

据不应支持。

3. 护理费。护理费根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定。(1) 护理人员收入状况的确定。护理人员有收入的,参照误工费的规定计算。护理人员没有收入或者雇佣护工的,参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算。(2) 护理人员的人数。护理人员原则上为一人,但医疗机构或者鉴定机构有明确意见的,可以参照确定护理人员人数。(3) 护理期限。护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止。未成年人平时生活不能全部自理,伤后不管其程度如何,只要是住院的需要专人陪护,赔偿义务人就应当支付护理费。在这里有一个问题应当加以研究,这就是对受害人本身的治疗虽不需要专人护理,但受害人因医疗住院等原因,平时由他(她)操持家务,特别是抚育子女,侍候老人等事情无人照料,无奈另找人照管,并支出一定劳动报酬的赔偿问题。这种损失不是受害人故意扩大赔偿范围,而确为治疗伤害所必须,应由加害人承担赔偿责任,否则受害人的实际损失不能得到弥补。其计算的标准和数额,可参照护理费的处理方法确定。^①

4. 交通费。交通费根据受害人及其必要的陪护人员因就医或者转院治疗实际发生的费用计算。交通费应当以正式票据为凭。有关凭据应当与就医地点、时间、人数、次数相符合。少于就医次数的,以实际票据认定。住院期间的票据,一般不予认定。在保证受害人及时就医的前提下,应当选择费用较低的交通工具,通常以普通公共汽车为主。特殊情况下可以乘坐救护车、出租车等,但应当由受害人说明其合理性。

5. 住宿费。如果住院治疗的,其住宿费包括在医疗费之

^① 张钦智：“关于正确掌握人身损害赔偿的范围、原则及其标准”，载《人民司法》1996年第12期。