刑事附带民事诉讼制度的内在冲突与协调

肖建华*

内容摘要:我国刑事附带民事诉讼制度与现行诉讼法律体系存在着很大的冲突,不能给予受害者应有的程序保障和实体保障。西方市场经济国家处理刑事附带民事诉讼冲突虽然有不同的方式,但是刑事附带民事诉讼制度的共同性大于相异性,所以协调我国刑事诉讼程序内在冲突的关键是以刑事优先为前提,确立民事诉讼救济的独立性,探讨和论证新提出的程序操作规范的可行性

关键词:刑事附带民事诉讼　内在冲突　协调

一、引　言

以国家公诉机关代表国家利益和社会公共利益提起的刑事诉讼,与以解决私人纠纷为主要目的的民事诉讼相比,救济的对象和条件是不同的。但这两种诉讼形式可以在同一行为既损害公共利益又触犯私法上的利益同时并用,从而有必要确立刑事附带民事诉讼制度。[1] 虽然现行刑事诉讼法赋予被害人以当事人身份,但是,"以犯罪为中心……被害人被排除出局成为旁观者"[2] 的刑事诉讼结构没有根本改观。刑事诉讼在保障国家利益和保障刑事被告人(犯罪嫌疑人)人权的同时,却不能对受害人权利保障给予应有的关注和救济,[3]表明诉讼法律对受害人权利保障制度的供给存在着许多尚未解决的问题。我国立法和司法中,不仅对原告提起附带民事诉讼的对方当事人的范围和诉讼请求的范围(物质损失或精神损失)有不适当的限制,而且民事诉讼程序与刑事诉讼程序的冲突也没有得到很好的协调。现行附带民事诉讼制度一方面割裂了民事法适用的统一性和确定性,另一方面忽视了附带民事诉讼救济的独

---

* 中国政法大学诉讼法学研究中心副教授。

〔1〕同一行为因违反刑事法律的规定应受刑事制裁,又违反民事法律的规定应赔偿因其行为给他人造成的损失,是两种不同性质的责任。行为人要对这一行为分别承担这两种不同性质的责任,已经得到了各国普遍的承认。参见《国际比较法百科全书·侵权行为·程序问题》,王敏远译,载中国人民大学法律系民法教研室:《外国民法论文选》,1984 年印行,第 465 页。

〔2〕左卫民、谢佑平:《同步与差距》,《政法学刊》1997 年第 1 期。

〔3〕宋英辉:《刑事程序中被害人权利保障问题研究》,《政法论坛》1997 年第 1 期;刘根菊:《关于公诉案件被害人权利保障问题》,《法学研究》1997 年第 2 期。

特性。不仅导致了诉讼程序之间的冲突,很多情况下还产生了法律救济的真空。探讨改革附带民事诉讼制度的途径,以协调民事救济和刑事救济方式的冲突,加强程序立法的科学性,正是本文的主旨。

二、附带民事诉讼制度的内在冲突

依刑事诉讼法的规定,附带民事诉讼原告请求损害赔偿的范围只限于物质损失,有关精神损害赔偿的民事法律规定则无法适用。就有关人身受伤害的案件而言,法院所作民事判决的赔偿数额,几十万上百万元人民币屡见不鲜;而对刑事附带民事诉讼的赔偿数额,一两千元了事已是司空见惯。同时,刑事附带民事诉讼被害人请求赔偿的对象只限于刑事被告人。尽管司法解释明确肯定被害人请求赔偿的对象可以是刑事被告人以外的应当负赔偿责任的单位和个人,[4] 但是审判实践中,涉及犯罪人以外的应当承担民事责任的其他单位或共同侵害人的民事侵权事实,因为与刑事案件无关,刑事审判程序并不关注。即使受害人对其提出请求,法院也不接受。如果犯罪嫌疑人在逃,即使犯罪证据确凿,受害人或其近亲属也不能提起附带民事诉讼;在刑事案件审结后,也不能对该在逃的犯罪嫌疑人独立提起民事诉讼。[5] 另外,实践中法院判决附带民事诉讼被告承担赔偿责任时,还要考虑刑事被告人的赔偿能力。[6] 如果被告人没有赔偿能力,赔偿无法进行,法院将判决免除被告人的赔偿责任。[7]

这一制度与诉讼程序正当化有很大的距离。附带民事诉讼性质上仍然是民事诉讼,不过要以刑事优先原则为前提。它以损害赔偿为目的,属于给付之诉。如何确定诉的标的和对方当事人,应当尊重诉讼主体的意愿。所以,从被请求的主体方面看,受害人或其继承人提起的刑事附带民事诉讼,既可以针对犯罪人(犯罪人的继承人)而提起,也可以针对犯罪人(犯罪人的继承人)和对犯罪行为造成的损失应付民事责任的一切单位和个人而提起。从请求的客体方面看,附带民事诉讼可以是请求赔偿物质或精神损失的附带民事诉讼。[8] 根据诉讼法理论,因同一犯罪事实引起的损害赔偿诉讼是必要共同诉讼。受害人应当对犯罪行为造成的物质或精神损失、对所有的侵权行为人一并在附带民事诉讼中提出赔偿请求,否则,在判决确定之后再次为同一犯罪行为引起的损失提出附带民事诉讼或民事诉讼,将违反一事不再理原则,法院不予受理。如果法院刑事诉讼审判的犯罪人仅仅是共同犯罪人的一部分,按照损害赔偿

---

〔4〕《最高人民法院关于执行《刑事诉讼法》若干问题的解释》(1998 年) 第 86 条。

〔5〕据笔者调查,辽宁省鞍山市中级人民法院 1999 年审理的李广志、杨荣松等为达志实业公司、华宇集团公司讨债,采用绑架、注射毒品等方法伤害韦殿刚、致死林滴娟一案,死者的父亲提起附带民事诉讼,请求李广志及上述两个公司为附带民事诉讼的共同被告承担连带赔偿责任,但法庭不予许可,并要求附带民事诉讼的原告修改诉状,把刑事被告人以外的法人和个人(李广志负罪潜逃) 从附带民事诉讼的被告名单上删除。在一审审结后,受害人的父母不服判决书中有关附带民事诉讼判决,提出上诉,请求追加在逃犯等为附带民事诉讼的被告。辽宁省高级人民法院驳回了其追加附带民事诉讼被告的请求。这种做法在各地人民法院审理的附带民事诉讼案件中很有代表性。

〔6〕《最高人民法院关于执行《刑事诉讼法》若干问题的解释》(1998 年) 第 99 条。

〔7〕在勒索财物绑架并杀死被绑架的未成年人案件中,人民法院的判决主文认为,两被告人的犯罪行为给刑事附带民事诉讼原告人所造成的经济损失依法应予赔偿,但两被告人现在均无财产可供清偿,缺乏实际赔偿能力,故附带民事诉讼的请求无法实现。法院判决对两被告人处以死刑,并判决免予赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失。参见最高人民法院中国应用法学研究所编《人民法院案例选》,总第 26 辑,第 19 页以下(1997 年判例) 。

〔8〕刘广山、汤春乐:《附带民事诉讼中精神损害问题研究》,《烟台大学学报(哲社版)》2000 年第 3 期;余贵忠:《论附带民事诉讼》,《贵州大学学报(哲社版)》2000 年第 2 期。

的救济要求,其余的共同犯罪人如负罪潜逃者、已死亡者、不被起诉者未参与刑事诉讼;或应当承担民事责任的法人或组织未参与刑事诉讼时,刑事法庭都应当进行职权干预,将其列为共同被告,追加进入诉讼,法院判决对上述被告人的财产有执行力。但附带民事诉讼制度内在地排斥犯罪人以外的单位和个人进入刑事诉讼程序;附带民事诉讼一并审理并判决后,民事法庭对刑事附带民事诉讼已经处理过的损害赔偿诉讼不再立案处理,附带民事诉讼割裂了作为一个整体的损害赔偿之诉,而没有补救措施。

虽然被害人与公诉人一起行使控诉权惩罚犯罪,其诉讼方向基本是一致的,但是,两者控诉犯罪的出发点是不同的。公诉人从国家利益出发追诉犯罪,被害人则从个人利益出发控诉犯罪。同时,被害人提起的附带民事诉讼案件要与刑事案件合并审理。[9] 法律程序上的具体做法是:(1)开庭前的准备阶段,传唤和通知附带民事诉讼当事人及其诉讼代理人是与刑事诉讼合并进行;(2)开庭准备阶段,审判长查明当事人是否到庭,告知当事人的申请回避权,告知被告人的辩护权等诉讼活动合并进行;(3)被害人或其近亲属和控方站在一起。作为附带民事诉讼的原告人,他要在公诉人宣读公诉词之后,宣读刑事附带民事诉讼起诉状;(4)在对犯罪事实进行法庭调查和法庭辩论阶段,也同时进行刑事附带民事诉讼的有关事实调查和法庭辩论;(5)对刑事附带民事诉讼的判决,只是在刑事诉讼的判决主文之后一笔带过,往往不说明民事判决的任何理由。

这一过程中,民事诉讼规则很难适用于附带民事诉讼案件的审理过程。理由是:其一,依民事诉讼审理或判决附带民事诉讼问题,要增加许多工作量。绝大多数附带民事纠纷都有一定程度的争议,刑事法庭要收集许多与刑事诉讼无关、但对民事赔偿问题的解决有意义的证据;适用民事诉讼法有关财产保全的规定,查封、扣押刑事被告人或刑事被告人以外的单位、个人的财产,要花费许多时间和精力,甚至比一般的民事诉讼案件更为复杂。但是依法院现有的法官数量和办案速度,这显然不能把附带民事诉讼单独处理。附带民事诉讼在一些刑事法官眼里属于"小儿科",并不重视;习惯上法院内部计算法官工作量时也不会考虑审理刑事附带民事诉讼时多增加的工作量,法官更不愿意将精力投在附带民事诉讼上。其二,专业分工方面的限制。我国法院系统从最高人民法院到基层人民法院都是按照刑事、民事等不同部门法领域来设置专业法庭的。由于各级法院的刑事法庭为专业性的法庭,刑庭法官为刑事案件的专家,他们对刑事案件的定性和量刑问题十分精专,但是大多缺乏民事审判经验。另外,从整体上看,我国法官的学历不高,有些是进入法院后边干边学的,经过若干年后,他们往往都能成为从事专业审判的经验型专家。但是,相对而言,对其他专业审判工作却知之甚少。这样,刑事法官对处理民事赔偿问题普遍感到不适应,如追究被告人的刑事责任与被告人和被害人在民事过错划分的关系,损害赔偿额的计算,民法和民事诉讼法的有关规定和司法解释的内容及其正确理解,特殊领域(如环保、医疗事故、知识产权等)民事赔偿问题的举证责任划分等等,对他们而言,完全是一门新学问。特别是在相当多的附带民事诉讼案件在物质损害都难以补偿的情况下,刑事法官对判决赔偿精神损害更缺乏兴趣。刑事法官只要对刑事诉讼的案件事实认定正确,量刑合理,就对审判的案件尽到了责任。至于附带民事诉讼,只是"附带"进行审理,被告人不能赔偿,赔多赔少,不关法官的工作业绩。所以刑事法官极力避免刑事附带民事诉讼问题给他们带来的麻烦,对附带民事赔偿问题尽量简单处理。其三,合并审理中,刑事责任与民事

〔9〕 高新华、徐新:《公诉案件被害人地位评析》,《南京师范大学学报》(哲社版)1999年第1期。

责任相互“吸收”,民事诉讼的调解原则被扭曲。法院处理附带民事诉讼,可以调解进行。调解处理附带民事诉讼案件的好处在于,有利于民事赔偿问题的迅速解决,有利于解决被告人赔偿能力不足的问题。由于犯罪人越来越趋于低龄化,许多犯罪人经济上并不独立,这就给解决赔偿问题很大的困难,如果用判决的方式解决也难以执行。但用调解的方式,不仅被告人愿意尽力赔偿,而且被告人的家属、亲友也愿为其筹集赔偿资金。如果达不成调解协议,法院就以刑罚代替赔偿,驳回附带民事诉讼原告人的诉讼请求,以求简单省事。[10] 附带民事诉讼被告人的赔偿行为,法官必然会在量刑时予以考量。特别是对于非重大恶意的损害案件(如过失伤害案件),如果能当庭调解成功,一般当时就能够执行,这在被告人有悔罪表现,在量刑时对刑事犯罪人从轻处罚,对可能判处 3 年以下有期徒刑的被告适用缓刑。[11] 被告人愿意赔偿与否、赔偿态度好坏成为量刑要考虑的一个重要情节。这种做法,甚至有合法化的趋势,成为一般的量刑依据。将附带民事诉讼的民事赔偿责任与刑事责任混为一谈,虽不合法,但已是公开的秘密,造成民事责任和刑事责任相互“吸收”之功效。“打了不罚,罚了不打”的观念又在不规范的附带民事诉讼制度中找到了立足之所。其四,程序地位不独立,二审也处于附带地位。如果附带民事诉讼原告人对二审的刑事判决部分无异议,但是不服二审判决的附带民事诉讼部分,不仅无法按民事诉讼法规定的审判监督程序申请再审,也不能请求检察院抗诉。如果检察院抗诉,以民事还是以刑事抗诉方式进行都是问题。

附带民事诉讼与刑事诉讼合并审理,虽然保证了刑事审判过程的紧凑和集中,保证了对刑事附带民事诉讼的“附带”审判不冲淡刑事诉讼惩罚犯罪的主题,避免了法院的裁判矛盾,提高了诉讼效益,但对刑事赔偿问题的轻视,使受害人的个别救济问题淹没在国家追究、惩罚犯罪的过程中,萎缩在维护社会利益的刑事诉讼程序中。刑事附带民事诉讼制度完全依附于刑事诉讼,造成“重刑轻民”的程序救济思路:片面强化刑事优先,内在排斥附带民事诉讼程序,不兼顾民事诉讼特有的财产保全、辩论原则、举证责任、证明标准等程序要求;排斥刑事诉讼被告人以外的、应当对犯罪行为造成的损害共同负责的单位和个人进入刑事诉讼程序。司法实践表明,法院或当事人对附带民事诉讼处理方式往往都感到困惑和不解。[12]

三、公诉与私诉并行救济的模式与选择

既然如此,是完善我国的刑事附带民事诉讼制度,还是考虑取消附带民事诉讼,将犯罪行为引起的刑事责任与相关的民事责任分开,分别用刑事诉讼程序和民事诉讼程序单独处理?附带民事诉讼制度到底有无存在的必要?其实,各国刑事诉讼都面临着附带民事诉讼与刑事诉讼的救济的协调问题,但是处理方式并不一致。

第一种是民事诉讼与刑事诉讼完全分开。英美法系国家,就不允许在刑事诉讼中附带民事诉讼,犯罪行为的损害赔偿主要是由民事诉讼程序来解决,并且必须在刑事诉讼终结后进

---

〔10〕 孙洁冰主编:《附带民事诉讼制度研究》,重庆大学出版社 1990 年版,第 84 页。

〔11〕 黄德志:《刑事附带民事诉讼中存在的问题与思考》,载中国人民大学复印资料《诉讼法学、司法制度》1999.2.26。

〔12〕 某一基层人民法院的刑事法庭审判刑事附带民事诉讼案件时,依民法的规定判决被告承担赔偿责任,但是被告人不服而提起上诉。二审法官根据被告人的履行能力改判。二审法官还质问一审法官:“明知被告没有履行能力,为什么还判那么多?”附带民事诉讼原告人和法官都莫衷一是。

行。[13] 此外,还可以通过私人保险、公共资助、国家补偿等形式对刑事被害人进行赔偿。绝对要求民事诉讼与刑事诉讼分开,无疑是以强调民事诉讼与刑事诉讼各自的特殊性为出发点的。如美国证据法对刑事诉讼和民事诉讼的证明标准要求有很大不同。刑事诉讼中,控方必须使陪审团无任何合理怀疑地证明他所指控的案件事实,并且被告人享有宪法上的反对自我归罪权和刑事诉讼中的沉默权,这更增加了证明的难度。民事诉讼中,原告的证明只达到优势证据的证明责任程度即可;被告人所做的不利于自己的解释和对原告方的主张予以简单的否定而不能举证证明,也将加强对方举出的诉讼证据的力量。所以,在刑事诉讼中,陪审团作出"无罪裁决",并不妨碍审理由同一行为引起的民事诉讼案件的另一陪审团对该案作出被告人应当承担民事责任的判决。[14]

第二种是原告人可以选择提起附带民事诉讼与民事诉讼,刑事立法在鼓励受害人通过刑事诉讼程序提出民事赔偿救济的同时,兼顾了附带民事诉讼的独立性。法国、意大利、奥地利、瑞典等国家为其代表,而法国最为典型。[15] 1808 年法国刑事诉讼法就对其予以比较完整地规范,称之为"公诉附带私诉",对后来大陆法系诸国以及社会主义国家的有关立法产生了深远的影响。[16] 法国刑事诉讼法经过多次修订,对刑事附带民事诉讼规定得十分详细,几与刑事诉讼占有同等位置。法国刑事附带民事诉讼制度的特点是:(1) 附带民事诉讼保持民事救济的独立性。附带民事诉讼请求的主体范围与客体范围十分广泛。"任何遭受重罪、轻罪或违警罪直接损害者,有权提起损害赔偿的民事诉讼。""(公诉管辖法院对)一切就追诉对象的犯罪事实所造成的损失而提起的诉讼,包括物质的、身体的和精神上的损失,均应受理。"[17] 可以提起附带民事诉讼。附带民事诉讼的被告人的范围也不限于公诉,因为附带民事诉讼就是民事诉讼,公诉仅能针对罪犯(正犯)与共犯提起,而以认定民事损害赔偿为目的的民事诉讼不仅可以针对罪犯与共犯提起,而且可以针对罪犯与共犯的继承人提起,或者针对对罪犯与共犯应当负民事责任的第三人提起(如犯罪行为的保险人,对其职员造成的损害应当承担责任的雇主等),在由公务员履行职务的犯罪中,还可以针对行政部门提起民事诉讼。这些负有民事责任的人所负责任始终是民事责任性质。应负民事责任的人按照规定受到传唤后,并非必须亲自出庭,而始终都可以有律师代为诉讼。[18] 但是,由于产生这种债务的损害具有违法性质,所以,应负民事责任的人的债务也就带有某些刑事色彩。[19] (2) 受害当事人有选择权。附带民事诉讼既可

---

〔13〕 英国刑事诉讼中,根据当事人的请求或依照职权,法庭可以"赔偿令"的形式责令赔偿被害人的损失,但这不是典型的民事诉讼形式。

〔14〕 美国著名的"世纪审判"—"O·J·辛普森"案,就是典型的一例。刑事陪审团判决杀人嫌疑犯辛普森"无罪",但是民事陪审团在刑事诉讼终结之后,却一致认定辛普森对受害人之死负有责任,裁决辛普森赔偿原告方 850 万美金,另外还裁决辛普森向两名受害人家庭各支付 1250 万美金的惩罚性赔偿金共计 3350 万美金。Frank Schmalleger: *Trial of Century* Prentice Hall Upper Seddle River.

〔15〕 前引〔1〕书,第 468 页。

〔16〕 前引〔10〕,孙洁冰书,第 2 页。

〔17〕 《法国刑事诉讼法典》第 2—7 条(1993—1994 年版本,中国政治大学出版社 1997 年版)。依照学者的观点,这些损失应是"现时的、个人的(本人的)与直接的"损失。不过,法国的司法实践对"个人的损失"的解释很宽泛。任何受到犯罪行为造成的物质或精神损失的人,即使其本人不是直接的受害人,仍然是属于其本人的损失。例如,犯罪受害人的姘妇,姘妇的子女,受害人的姘夫,只要能证明其受到犯罪所造成的物质损失或精神损失,亦有权提起民事诉讼。参见卡斯东·斯特法尼等:《法国民事诉讼法精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 185 页。

〔18〕 《法国刑事诉讼法典》第 415、544 条。

〔19〕 前引〔17〕,卡斯东·斯特法尼等书,第 218 页以下。

以与公诉同时向同一法庭提起,也可以与公诉分开,向有管辖权的民事法庭单独提起。[20] 但是,在分开提起的情况下,刑事诉讼已经进行尚未最终宣判时,向民事法庭提起的民事诉讼应当延期审判。受到损害的当事人一旦在民事法院与刑事法院之间作出选择,这一选择便是一种最终确定的不可撤销的选择。[21] (3) 因刑事案件犯罪严重程度不同适用不同的审判程序。法国把犯罪行为分为重罪、轻罪或违警罪三种。重罪案件由上诉法院的法官与陪审团组成重罪法庭。轻罪案件则由轻罪法院三名法官组成合议庭审判,违警罪案件由违警法院的一名书记官组成违警罪法庭进行审判。[22] 与此相适应,附带民事诉讼的审判程序也有区别。重罪案件的附带民事诉讼,是在刑事诉讼案件宣判后,由重罪法庭在没有陪审团的情况下,询问当事人和检察官的意见后另行判决的。也就是说,重罪案件及其附带民事诉讼,是由不同的审判人员按照不同的程序进行审理,然后分别作出刑事和民事判决的。在被告人被宣判无罪或者免于处罚时,民事诉讼当事人可以要求赔偿由于被告人的过错造成的损失以及由于被告人被控的行为所造成的损失。而违警罪案件和轻罪案件的附带民事诉讼,则是由同一法庭按照刑事诉讼程序合并审理,用同一判决宣判的。[23] (4) 法国刑事诉讼法典的卷首就以《公诉和民事诉讼》命名,各卷各编几乎分别对附带民事诉讼各个方面作了特别的考虑,从而使刑事诉讼程序充分兼顾了附带民事诉讼的独立性。不仅如此,刑事诉讼法还单列一编《因犯罪行为而遭受经济损失的被害人请求赔偿》,受害人可以就物质损失,依法申请全部或部分的国家补偿金。(5) 进行附带民事诉讼,应当交纳诉讼费。该费用由原告预交,由败诉方承担。

法国等国家对附带民事诉讼的重视,源于对私权保障的重视以及对民法典至高无上地位的推崇。在立法上,对某一行为既涉及刑事责任又涉及民事责任的,法律就直接规定因刑事犯罪产生的私权救济问题直接适用民法。[24] 法国民法典第 1382 条规定,“过错”是民事责任的基础,而根据犯罪的证据,可以直接推定“过错”存在。意大利刑法典第 185 条规定,“根据民法,任何犯罪将导致赔偿之债。如果犯罪引起了物质的或非物质的损害,不法行为者应根据民法的规定由对其行为负责的人予以损害赔偿。”受到损害的当事人可以在民事途径与刑事途径两者之间作出选择,更体现了刑事诉讼立法对私权的周全保障。[25]

第三种是允许向刑事法院提起附带民事请求,但是不把附带民事请求作为一种独立的民事诉讼对待,不能称之为附带民事诉讼。在程序上附带民事请求依附于刑事诉讼,受到刑事诉讼程序的许多牵制和限制。德国、荷兰和瑞士就是如此。以德国为例,虽然德国附带民事赔偿制度与法国有些相同之处,如附带民事请求可以向刑事法院提起,也可以单独提起进行;附带民事请求要交纳诉讼费用,附带民事赔偿制度与被害人国家补偿相互补充等。[26] 但是,德国的刑事诉讼法没有反映附带民事请求赔偿处理的民事诉讼特性,如:(1) 受害人或他的继承人

---

[20] 但也有例外:(1) 对法院、军队设立的团体与公共行政机关等实行诽谤犯罪,由此所引起的民事诉讼不得与公诉分开,除非各方当事人一致同意由民事法庭来管辖;(2) 通常对民事诉讼有管辖权的民事法院也不能受理由一学生对另一学生造成损害的案件中涉及教师责任的诉讼。参见前引〔17〕卡斯东 斯特法尼等书,第 233 页以下。

[21] 前引〔17〕卡斯东 斯特法尼等书,第 231 页。

[22] 法国刑事诉讼法典第 240、398、523 条。

[23] 法国刑事诉讼法典第 371、372、467、542 条。

[24] 前引〔1〕书,第 466 页。

[25] 不过,完全立于个人本位的私权保障观念在刑事诉讼中的扩张和渗透,也带来了一些副作用。例如,法国判例长期以来形成了一项重要原则,即如果法律所规定的犯罪被认为是旨在保护整个社会,而不是个人的权利,那么,对正在审理的这种犯罪就不能提起附带民事诉讼。参见注〔1〕引书,第 469 页。

[26] 前引〔10〕,孙洁冰书,第 5 页。

只能对犯罪行为产生的财产权方面的损失享有请求权;(2)由于地方法院对民事诉讼案件的管辖权的最高限额为3000马克,刑事被害人向地方法院的刑事法庭提起的附带民事请求赔偿额,也不能超过这个权限(直至1994年的刑事诉讼法才取消管辖的限制);(3)刑事法庭不能作出不利于附带民事原告的决定。刑事被告人在判决无罪时,对附带民事请求不能作出裁判,当事人只能另行提起民事诉讼;(4)如果附带申请不适合在刑事诉讼程序中处理,特别是如果审查这一申请会拖延程序,或不能许可这一申请时,也可以对申请不作裁判。[27]

德国刑事诉讼法的这一弹性规定,为实践中拒绝处理民事诉讼开了绿灯。由于对绝大多数附带民事纠纷的"附带"审理,刑事法庭要收集与定罪无关、但与民事赔偿问题的解决有关证据,因此,要找到法律规定的"不适合处理"或"拖延诉讼"的理由轻而易举。与我国刑事诉讼制度相似,由于德国各级法院的刑事法庭也是专业性的法庭,刑庭法官一般没有民事审判经验,正好借法律上规定,他们极力避免对附带民事赔偿问题作出裁判,这又反过来挫伤了被害人提起附带民事赔偿请求的积极性,致使犯罪行为的损害赔偿不再以附带民事赔偿请求的方式提出和加以解决。这样,受害人只能在民事法院另行提起民事诉讼,该民事法院的判决不受刑事案件判决的约束。很显然,这样的规定几乎阻止了受害人在刑事法院获得补救。[28] 因此,20年前,美国的学者在对西德附带民事诉讼制度进行研究后就认为,"西德的附带民事赔偿请求程序,虽然有一套与法国相似的成文法制度,但仅仅停留在纸上。现实中的制度与美国比较接近:被害人请求因犯罪行为而造成的损失是在刑事诉讼结束后独立的民事诉讼中进行的"。[29] 德国学者自己也承认,"在德国的司法实践中,受害人几乎很少提起请求补偿之诉。"[30]

许多国家司法实践表明,附带民事诉讼制度并非刑事诉讼必要组成部分,一概要求用附带民事诉讼的方式去解决刑事赔偿问题并不妥当。因犯罪行为引起的损害赔偿之诉,英美法系国家和日本全部作为独立的民事诉讼提起,德国和法国等大陆法系国家则允许受害人或有关的原告人选择适用附带民事诉讼制度,或单独提起民事诉讼。不过,由于德国法为刑事法官拒绝受理或审理附带民事诉讼提供了某些条件,因此,德国的附带民事诉讼制度在实践中已经很少使用。而法国等国家刑事赔偿之诉的民事救济要求得到了刑事诉讼法的充分保障,为救济私权而设的附带民事诉讼程序比较发达。

尽管各国情况不同,但是各国刑事赔偿诉讼仍然存在很多的共性。第一,立法规定附带民事诉讼的积极意义在于,不仅能节约时间和费用,并且还使民事原告人因刑事公诉人为证实被告有罪的而采取的必要行动中得到便利。特别是在被害人由于贫穷或无知,没有条件为了自己的利益而起诉时,附带民事诉讼的方式更有利于保障被害人的利益。设立附带民事诉讼的目的无非是为法院的审判便利和更好地实现对受害人的民事权利救济。第二,如果刑事诉讼法确立了附带民事诉讼制度,应当在刑事诉讼程序中兼顾附带民事诉讼的特点。象法国刑事

---

[27] 应当说明的是,《德国刑事诉讼法典》(1994年10月28日修改颁布、1994年12月1日生效之文本)规定的附带诉讼程序(第394—402条),并不是附带民事诉讼程序,而是被害人可以作为检察院的辅助人员参与诉讼的附带程序,我国并不存在这样的程序;而《德国刑事诉讼法典》(第403—406条)规定的《对被害人的补偿程序》,才能与我国刑事诉讼法有关附带民事诉讼的规定相比较。《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版。

[28] 前引[1]书,第467页。

[29] [美]约翰·H·兰贝恩:《比较刑事诉讼:西德》,美国西部出版公司1977年版,第112页。转引自前引[10],孙洁冰书,第8页以下。

[30] [德]约阿希姆·赫尔曼:《<德国刑事诉讼法典>中译本引言》,前引[27],李昌珂译书,第10页。

诉讼法那样,要兼顾附带民事诉讼的特点来进行刑事审判和附带民事诉讼的审判,刑事诉讼立法不得不为避免两个不同性质的诉讼在一个程序中处理造成混乱而煞费苦心。立法规定了附带民事诉讼制度,并希望这个制度的运行取得理想的效果,也必须作出详细的规定,以达到两种性质的诉讼案件在一个程序中协调运行的效果。第三,给予受害人以民事诉讼和附带民事诉讼的选择权。刑事诉讼法在规范附带民事诉讼的同时,应当给予受害人以选择权。如果立法不将附带民事诉讼问题全部转化为民事诉讼问题来解决,那么,无论立法是否鼓励提起附带民事诉讼,都应当明确让受害人有选择提起附带民事诉讼或独立的民事诉讼的自由。第四,各国的刑事赔偿之诉尽量通过民事诉讼途径解决,民事案件与刑事案件由民事法院和刑事法院分别审理已经不是偶然现象。不仅德国的附带民事诉讼制度几乎名存实亡,日本刑事诉讼法也早已完全废除了附带民事诉讼制度。日本曾经效法法国立法例,于 1890 年刑事诉讼法中规定了刑事附带民事诉讼制度,但是,二战后由于受美国法的影响,也由于刑事诉讼和民事诉讼程序的差异和损害赔偿范围的广泛性等原因,日本刑事诉讼法采取了在刑事诉讼审理终结后,通过民事诉讼程序来解决刑事损害赔偿问题的办法。[31] 即使在刑事诉讼法十分提倡受害人提起刑事附带民事诉讼的法国,由于受到损害的当事人请求附带民事诉讼救济十分便利,也给刑事法院带来了巨大压力,刑事法院要花费额外的时间来处理附带民事诉讼,因而对附带民事诉讼的厌烦在日益增加。[32]

四、附带民事诉讼程序内在冲突的协调

可以认为,我国附带民事诉讼制度与德国是最相近的,表现在:虽然许可当事人提起附带民事请求,但是附带民事诉讼在刑事诉讼法中并没有独立地位,附带民事诉讼在刑事诉讼法上也没有多大分量。[33] 不过,根据笔者的调查,我国的审判实践中,除非放弃赔偿请求,受害人中的绝大部分都会提起附带民事诉讼,很少选择在刑事诉讼终结之后提起民事诉讼。受害人固然有减少讼累等因素的考虑,但其倾向于选择附带民事诉讼的主要原因是:其一,法院审理附带民事诉讼案件,不收取诉讼费。这是受害人或其继承人选择附带民事诉讼的方式请求损害赔偿最主要的原因。如果选择提起民事诉讼的方式,原告需要支出名目繁多的诉讼费,包括预付案件受理费;申请财产保全、申请法院执行判决,交纳申请费;向法庭请求证人出庭作证、申请鉴定,需要支付证人的差旅费、误工补贴、鉴定费等。尽管法院判决确定案件受理费申请执行费由败诉方负担,但法院并不向原告退还,而是在判决中判令被告向原告给付。由于我国没有公民财产申报制度,很难弄清被告人的财产去向,法院面临的民事执行难问题至今也没有解决。而且刑事附带民事诉讼的执行问题还有特殊性。受害人或其继承人纵然想单独提起民事诉讼,希望同时获得物质损害和精神损害赔偿,但刑事被告人已是"破罐子破摔",受害人能否得到实际的赔偿,确实不能有多大把握。出于诉讼成本与诉讼收益的权衡考虑,受害人提起附带民事诉讼更为经济。其二,我国没有建立刑事受害人的国家补偿制度。美国诉讼费收费

---

〔31〕 陈光中主编:《外国刑事诉讼程序比较研究》,法律出版社 1988 年版,第 400 页。

〔32〕 前引〔1〕书,第 469 页。

〔33〕 我国刑事附带民事诉讼制度受前苏联的影响最大。不过,前苏联的附带民事诉讼实施得也并不令人满意。在前加盟共和国格鲁吉亚,"5 年中造成的损失仅有一半多一点得到了赔偿。"参见《损失赔偿:经验和问题》,《世界法学》1989 年第 5 期。

是按件收费,并且收费特别低廉,诉讼当事人的主要费用支出是律师费。即使民事诉讼依规定交纳诉讼费,也不会影响当事人行使诉权;德国、法国对附带民事诉讼收取诉讼费,但是有国家对受害人的补偿制度,即使被害人不能从被告人那里得到赔偿,也可以从国家那里得到补偿,所以也不会产生白掏诉讼费的问题。我国对刑事受害人没有国家补偿制度,并且诉讼收费标准是按请求的标的额或诉讼标的额收费,收费标准太高;免收附带民事诉讼的诉讼费却相当于一种国家补偿,受害人可以不受经济因素方面的限制,提出自己的高额请求。[34] 其三,我国民事强制执行不力,受害人情感上希望利用公诉人提出的公诉、法庭审理打击犯罪的氛围,借助刑事诉讼中国家的干预力量获得赔偿,认为主张附带民事诉讼的赔偿请求权更为有利。[35] 但是,附带民事诉讼赔偿金的执行方式,大部分以牺牲公正判决为代价以调解的方式获赔当时就得到履行之外,法庭认为被告人没有财产的,一般判决被告人在刑满释放后6个月或1年内向附带民事诉讼的原告人赔偿。被告人不赔偿的,由法院依民事诉讼法的规定强制执行。在侦察、提起公诉和审判阶段,为了查明事实需要采用刑事诉讼的强制措施,法律上并没有规定为保障受害人的民事赔偿请求,可采取财产法上的强制手段。长期以来,出于在刑事诉讼过程中审判附带民事诉讼的需要,审判实践自行补充和创造了不规范的调解方式处理刑事赔偿之诉。无疑,这种做法损害了刑事诉讼的严肃性,破坏了民事法律适用的完整性和民事权利救济的公正性。所以,我国刑事附带民事诉讼这些"优势和特色",有些是司法中不正常现象的一面镜子:不合理的诉讼收费、民事强制执行的不力、民事法官吃了原告吃被告的腐败现象、刑事诉讼与附带民事诉讼合并时两种责任通过调解予以"吸收"等等。受害人愿意选择附带民事诉讼并不能表明现行附带民事诉讼制度是合理有效的。

其实,我国司法解释和司法实践早就在尝试着在某些方面修改和完善我国附带民事诉讼制度。[36] 最高人民法院的有关司法解释表明它在尽力使附带民事诉讼同独立的民事诉讼救济结果保持一致,但是由于附带民事诉讼的不独立性没有从根本上解决,有关的司法解释并不能在审判中发挥预期的作用。例如,最高人民法院要求附带民事诉讼与刑事诉讼在一定程度上分开审理,以避免刑事法庭调解附带民事诉讼时利用"吸收"的办法以钱赎刑,以赔偿代替刑罚的现象,[37] 在司法实践中没有得到遵守。究其因,由同一审判组织在刑事诉讼之后,对附带民事诉讼进行审理,仍然可以让两种责任相互"吸收",并作出一个统一的判决。由于这种分开审理不能解决任何问题,1996年新颁行的刑事诉讼法,除了考虑到为防止引起刑事案件的审判迟延,将附带民事诉讼与刑事诉讼分开审理者外,干脆在刑事诉讼程序的各个阶段,附带

---

[34] 前引[5]所述案件中,死者的父亲提起附带民事诉讼,赔偿请求额为4446万元人民币,依现行《人民法院收费办法》,应当交纳诉讼费23.23万元,而法院判决46万元人民币,最后实际履行金额不到6万元。如不实行免交制度,法院收取的这笔诉讼费,被告人无钱交纳,还是由原告人自己承担。同案中另一受害人韦殿刚请求赔偿1256.83万元人民币,但法院对其诉讼请求判决"不予支持",如果要交纳案件受理费,费额为7.285万元,这一笔花费将白白赔进去。

[35] 据某区人民检察院检察官的控诉经验,在准备对刑事被告人提起公诉时,他都会告知受害人或其近亲属是否愿意提起附带民事诉讼。受害人或其近亲属都会很愉快地接受这一建议。

[36] 1990年最高人民法院公布了对唐敏诽谤案的两审判决,肯定了对精神损害给予赔偿的做法。1993年最高人民法院公布《关于审理名誉权案件若干问题的解答》认为,"侵犯名誉权,被害人可以提起附带民事诉讼"。1996年最高人民法院审判委员会通过《最高人民法院关于执行《刑事诉讼法》若干问题的解释》(试行)和1998年《最高人民法院关于执行《刑事诉讼法》若干问题的解释》对附带民事诉讼的赔偿主体范围也作了广泛的规定。

[37] 最高人民法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》(1994年)第71条曾明确规定,附带民事诉讼必须在刑事部分审理结束后进行。

民事诉讼与刑事诉讼完全“合并”审理。

我国刑事附带民事诉讼制度的立法至少应当确认以下程序或实体法律适用规则,才能使刑事诉讼程序满足刑事赔偿救济的需要:(1)刑事诉讼法应当规定附带民事诉讼的赔偿范围与民事实体法一致,或者规定刑事赔偿请求完全适用民法的规定。(2)应当很好解决两种不同性质的诉讼在我国刑事诉讼中如何合并审理的问题。(3)由于刑事诉讼和民事诉讼的差异、刑事法庭(法官)和民事法庭(法官)分工的不同,刑事法官承担着刑事审判工作的重负,不愿审理附带民事诉讼。应当对刑事法官的经验、专业设置、审判能力重新评估,并进行必要的培训,以应付纷繁复杂的民事赔偿问题。(4)民事请求者选择独立的民事诉讼方式应得到民事法庭的鼓励,并保障被害人在两种不同的程序中获得同样的利益。与此同时,也要考虑到对不同的案件仍然要区别对待。案件有特别重大的刑事案件和普通的刑事案件之别,受害人的请求内容有精神损害赔偿和单纯的物质损害赔偿的不同,受害人请求的对象有针对刑事被告人和针对刑事被告人及其以外的单位和个人的范围差异,尤其是在除了受害人和刑事被告人以外的其他人作为民事赔偿关系参加人等易引起极其复杂的民法问题情况下,并不适合由刑事法庭审理[38]。也就是说,可以考虑把刑事受害人提起的赔偿请求分为两种情况:一种是适宜于通过附带民事诉讼审理的案件,这类案件立法应当给予受害人或其近亲属选择提起附带民事诉讼或单独提起民事诉讼的选择权;另一种是不适宜于通过附带民事诉讼审理的案件。这类案件应当向人民法院民事法庭提出,同时刑事诉讼立法应当限制受害人或其近亲属向审理相关刑事案件的刑庭提出。这两类案件的界限是:(1)是否存在刑事被告人以外的应当对受害人承担民事赔偿责任的其他单位或个人;(2)受害人或其近亲属是否提起精神损害赔偿;(3)是否属于特殊领域的侵权行为、是否属于严格过错责任或无过错责任、是否涉及举证责任的倒置等情形。如果答案是肯定的,该案件不应通过刑事附带民事诉讼解决。

具体而言,如果法院刑事诉讼审判的犯罪人仅仅是共同犯罪人的一部分,按照损害赔偿的救济要求,其余的共同犯罪人如负罪潜逃者、已死亡者、不被起诉者未参与刑事诉讼;或应当承担民事责任的法人或组织未参与刑事诉讼,但与刑事被告人一同被提起赔偿请求的,刑事法庭将赔偿请求合并刑事程序中进行审理不仅会造成诉讼拖延,而且审理起来也确实有许多不便。另外,受害人或其近亲属对犯罪行为造成精神损害提起的赔偿诉讼,以及医疗事故、产品责任、知识产权等特殊领域的赔偿案件,不通过刑事法庭的附带民事诉讼程序解决,而由民事法庭审判更为适当。

应当肯定,我国刑事法庭审理有关因人身伤害引起的刑事附带民事诉讼案件已经有相当多的经验,这些经验不应当简单地否定。特别是我国司法实践中大部分刑事附带民事诉讼案件都是因人身伤害或死亡而提起的,只有在经济发达地区,才会涉及一些特殊领域的刑事赔偿问题。不过,即使在经济不发达地区,交通、医疗事故案件,以及侮辱、诽谤案件所引起的刑事附带民事诉讼也会出现。而且刑事被告人以外的、没有被追究刑事责任的单位和个人应当承担民事责任而法庭却拒绝将其作为刑事附带民事诉讼被告的情形,在全国各地都有一定的普遍性。随着经济的发展和民事法律的成熟,同一行为在违反刑事法律的同时,产生复杂的民事责任问题将会越来越多。所以,根据民事诉讼对权利救济的特殊要求和面对司法实践中亟待解决的问题,我国附带民事诉讼制度必须尽早进行改造。通过限制附带民事诉讼的适用范围

[38] 前引[1]书,第 480 页以下。

和保障受害人提起刑事附带民事诉讼或单独提起民事诉讼的选择权,逐渐使附带民事诉讼问题转化为民事诉讼方式来加以解决。

通过这种方式,目的就是要从根本上改造附带民事诉讼制度;如果运作良好,还可以考虑完全取消刑事附带民事诉讼制度。目前,缩小附带民事诉讼审理刑事犯罪行为产生的民事赔偿案件范围,鼓励刑事被害人或其近亲属提起独立的民事诉讼,有几方面的重要意义:其一,保障刑事法庭上控辩双方力量的平衡,促进私权救济目标的实现。在刑事诉讼法庭上,我们正在追求刑事诉讼被告人的辩护权与公诉机关控告权的均衡,以保障打击犯罪和被告人人权的双重刑事诉讼目的。但是,被害人加入公诉一方控诉犯罪人,势必更进一步造成诉讼结构的倾斜。让受害人提起独立的民事诉讼,不仅可以避免这种情况,而且可以利用民事诉讼程序对给付之诉救济的专业性和周到性,得到更公正的赔偿。其二,保障民事和刑事诉讼程序对证明标准和证据判断方法的特殊要求,对各种类型案件进行专业化处理。虽然有关民事诉讼认定的事实应当与刑事诉讼判决认定的事实一致,但是,民事诉讼的证明对象与刑事诉讼并不相同,所以,刑事诉讼的证据并不能代替民事诉讼证据的收集和判断。具体地说表现为:(1)由犯罪行为引起的民事诉讼中,往往受害人对损害结果的发生也有一定的过错。如交通事故责任中,大多数是肇事者与受害人都有违反交通规则的行为,肇事者即使构成交通肇事罪,也不能简单认定被告人对受害人的全部损失承担赔偿责任;(2)民事诉讼中,对特殊侵权行为的赔偿请求,实行举证责任的倒置,即由被告来证明自己没有过错或损害后果是由原告自己造成的,如被告不能证明,将承担赔偿责任;(3)在民事诉讼中实行举证责任的转移。在原告人提出自己的主张并初步加以证明后,如果被告人不予反驳或反驳后却无证据证明,被告人就很可能败诉。而刑事诉讼中被告人的有罪无罪、罪轻罪重,完全由控诉方证明。刑事法官出于刑事审判的专业思维习惯,会要求被害人在受损害的结果及其与损害事实的因果关系的证明方面,提出了同控告犯罪成立时也达到充分确实的证明标准;(4)犯罪行为造成的间接损失的证明有特殊性。在民事诉讼中,间接损失包括预期利益的损失,如合同的一方当事人受另一方的诈骗,不仅其直接的经济损失可以请求赔偿,而且应当也可以根据合同法的规定,向民事法庭请求赔偿其预期的损失。这种预期的损失往往是一种基于市场状况所做的事实推论,很难依刑事诉讼的证明标准提供证据予以证明,也很难为刑事法庭认同。在附带民事诉讼的实践中,除了判决赔偿死者生前所抚养或赡养的人的生活费外,鲜有赔偿间接损失的案例。所以,虽然我国民事诉讼证据的证明标准与刑事诉讼一样是“查明”案件事实,但是,由于辩论原则和处分原则是民事诉讼的基本原则,刑事诉讼与民事诉讼的证明对象和证明标准不同,比较而言,提起独立的民事诉讼对实现受害人的赔偿请求更为有利。其三,民事诉讼的财产保全程序可以得到适用。在附带民事诉讼制度下,财产保全措施无法得到适用。根据我国刑事诉讼法的规定,受害人在刑事案件的侦察、提起公诉、审判任一阶段都可以提出民事赔偿申请或附带民事诉讼。但是,在公诉机关将刑事案件向人民法院提起公诉前,公安机关或检察机关的刑事诉讼程序,除了在法律规定之外可能进行不规范的调解外,民事赔偿问题直到法院的审理程序才有国家公权介入。在这个期间,由于犯罪嫌疑人很可能要受刑事审判,罪行严重的,还可能被判处死刑,犯罪嫌疑人的家属转移犯罪人个人财产以及对犯罪行为应当承担责任的单位转移财产的可能性极大。但是,因为案件尚未提到法院,受害人即使知道被告人或被告人以外的应当承担民事责任的单位有财产,也不能向法院申请财产保全。并且,民事诉讼法诉前保全程序也不能适用。根据我国民事诉讼法的规定,在提起民事诉讼前,对于情况紧急,不立即采取保全措施将会使申请人

的合法权益受到难以弥补的损害的,有关利害关系人可以申请诉前财产保全;当事人应当在人民法院采取诉前保全措施之后 15 日内提起民事诉讼,否则,人民法院要解除财产保全措施。由于从公安机关或人民检查院的立案开始,到人民法院立案审判,刑事诉讼程序最短也需要几个月的时间,所以,附带民事诉讼也无法适用民事诉讼法关于诉前保全的规定。因犯罪行为引起的赔偿之诉,在刑事诉讼程序尚在进行期间,受害人选择民事法庭审理,应当向审理刑事诉讼同一法院的民事法庭提出;在刑事案件审结后,应向原告人住所地法院提出,以独立民事诉讼方式提出,可以解决财产保全的适用问题,也有助于解决给付判决的执行问题。当然,在人民法院受理了这个案件并采取财产保全措施后,应当中止诉讼,等待刑事案件的判决结果,以防止因对犯罪事实的认定等方面有差异而作出相互冲突的判决。其四,将许多附带民事诉讼处理的问题转化为民事诉讼方式解决,有利于克服刑事责任与民事责任相互吸收的不合法现象,解决刑事被告人以外的应当承担民事责任的单位和个人进入刑事附带民事诉讼与刑事诉讼审理程序的矛盾,等等。

依上述构想改造我国的刑事附带民事诉讼制度,具有许多诉讼价值实现的便利性和法律技术上的科学性。即使我国刑事诉讼法实现了打击犯罪和保障被告人人权的双重目的,也只是实现了一半的正义,而另一半的正义却体现在打击犯罪维护公共利益的同时,保护公民私权不可侵犯。赋予附带民事诉讼以独立的程序地位,有利于使民事实体法和刑事诉讼法相协调,有利于保证受害人提起的损害赔偿之诉的独立,可以兼顾被告人和受害人权利保障以及控辩双方的平衡,必将引起诉讼程序领域的一场革命

Abstract : There is a major conflict between the system of civil suit collateral to criminal proceedings and the current criminal legal system in China , resulting in insufficient procedural and substantive safeguards for the victims of crime. Although western countries under the market economic system have adopted different methods in dealing with the internal conflict of the system of civil suit collateral to criminal proceedings , there are more similarities than differences between the western systems. Therefore , the key to resolving internal conflicts of criminal proceedings is to take priority of criminal proceedings as the precondition , establish the independence of civil procedural remedy and explore and demonstrate the feasibility of new procedural norms.