

# 刑事附带民事诉讼的三种模式

陈瑞华\*

---

**内容提要：**中国现行刑事附带民事诉讼制度建立在“刑事优先于民事”的基础上，是一种“先刑后民”的程序模式。该模式造成了附带民事诉讼调解难和附带民事判决执行难，且导致附带民事诉讼违背民事侵权法的一般归责原则。学术界提出的“刑民分离”模式，尽管具有理论上的正当性，却可能在实施中面临着一系列的制度障碍。司法实践中盛行的“先民后刑”模式承认民事赔偿折抵刑事处罚的合理性，有效地促成了被告方与被害方的和解，解决了被害人的民事赔偿问题，但在理论正当性上面临争议。刑事附带民事诉讼制度中三种程序模式的并存，反映了中国法律制度中普遍存在的问题，也显示出司法实务界自生自发的改革所具有的生命力，值得我们在推进法制改革的过程中给予足够的重视。

**关键词：**附带民事诉讼 先刑后民 刑民分离 先民后刑

---

## 一、引言

作为一个略显边缘化的研究课题，刑事附带民事诉讼问题很少受到主流刑事诉讼理论的关注，有关的研究显得零散而不成体系，所取得的理论突破和创新也有些微不足道。面对这一制度所存在的诸多问题，法学界提出了较为超前的改革方案，而司法实务界则从现实主义的角度出发，自生自发地进行了一系列改革。

假如对当下的刑事附带民事诉讼制度进行认真考察的话，我们不难发现这一制度已经深深地陷入困境之中。由于现行法律要求法院在审理公诉案件的同时附带审理民事赔偿问题，被害人一般都失去了向法院提起独立的民事诉讼的机会；而被害人的附带民事诉讼请求则很少受到刑事法庭的认真对待，使得这一程序变成一种极为粗糙的简易民事程序。与此同时，现行法律将附带民事诉讼的赔偿范围限定为“物质损失”，使得被害人既无法获得任何精神损害赔偿，也无法就其所受的间接损失得到赔偿。赔偿范围过于狭窄导致附带民事诉讼越来越与普通民事侵权诉讼脱节，因而背离了民事侵权法的一般归责原则。不仅如此，刑事法庭既没有调查民事被告财产状况的手段，也往往不及时采取财产保全、先予执行等民事保障措施，更没有足够的动力保证附带民事判决的有效执行，这使得附带民事判决的执行率较为低下。<sup>〔1〕</sup>为减少附带民事诉讼的“空判”

---

\* 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见陈怀友：《关于刑事附带民事诉讼案件审理情况的调查与思考》，《刑事审判要览》总第2集，法律出版社2003年版，第71页以下。另参见薛剑祥：《关于刑事自诉和附带民事诉讼案件调解情况的调研报告》，《刑事审判要览》总第9集，法律出版社2005年版，第136页以下。

现象，很多法院采纳了一种令人难以接受的裁判逻辑：根据民事被告的“赔偿能力”确定民事赔偿的标准，甚至决定是否作出民事赔偿的裁决。<sup>〔2〕</sup>

面对问题重重的附带民事诉讼制度，一些学者和司法人员提出了一种激进的改革思路。按照这种思路，附带民事诉讼是一种特殊的侵权之诉，由于犯罪行为既造成了危害社会的后果，又给被害人造成民事侵权的后果，因此，民事侵权之诉其实是与刑事公诉并行的两种诉讼形式。现行附带民事诉讼制度忽视了刑事诉讼与民事诉讼之间存在的巨大差异，将两种迥异的程序糅合在一起，造成了刑事附带民事诉讼天生具有了一种双重的、矛盾的甚至分裂的特征。这种“先刑后民”的制度设计，实质上是重视国家利益而轻视被害人的个人利益，导致被害人获得民事赔偿的利益被淹没在国家惩治犯罪的利益之中。而破解刑事附带民事诉讼难题的出路，就在于正视刑事诉讼与民事诉讼的差异，使民事纠纷的解决回归本原，即“刑事的归刑事、民事的归民事”。<sup>〔3〕</sup>还有些司法人员认为，被害人应当拥有对于附带民事诉讼与独立民事诉讼的程序选择权，一旦选择独立的民事诉讼程序，就应由法院的民事法庭完全按照民事诉讼方式进行立案、受理和审判，并在赔偿范围、赔偿标准、诉讼时效、调解、判决、执行等诸多环节上与普通民事诉讼“接轨”。<sup>〔4〕</sup>

对于这种激进的改革方案，立法机关并没有采纳，也未见到司法机关据此进行改革试验。司法实务界采取的是一种认真面对问题、提出有效解决方案的务实态度。为摆脱附带民事判决执行难的困境，很多地方的法院、检察院开始进行一定的改革努力。近年来，无论是检察机关所作的“和解不起诉”改革探索，还是法院对部分被害人采取的“司法救助”措施，在很大程度上都是为弥补附带民事诉讼制度的不足而采取的“自生自发”的改革。为了将民事赔偿有效地转化为从轻量刑情节，一些地方法院采取了“先民后刑”的改革措施，即先进行民事赔偿的调解工作，在民事赔偿“及时足额到位”后，再考量量刑问题，并将是否赔偿到位作为适用刑罚的重要情节。据称，这种“先民后刑”的处理方式既符合宽严相济的刑事政策，也达到了较好的审判效果，在一定程度上减少了影响社会和谐的因素。<sup>〔5〕</sup>

在刑事附带民事诉讼理念和制度设计上，目前已经形成三种模式并存的局面：一是传统的“先刑后民”模式，即将民事侵权诉讼完全视为刑事诉讼的附带程序，先解决被告人的定罪量刑问题，然后再附带解决被害人的民事赔偿问题；二是拟议中的“刑民分离”模式，即在赋予被害人程序选择权的前提下，允许被害人选择独立的民事诉讼程序，从而使被害人的民事赔偿问题完全按照普通民事诉讼的模式加以审理；三是实践中盛行的“先民后刑”模式，即在确定被告人构成犯罪的前提下，先进行附带民事诉讼的调解，及时有效地解决民事赔偿问题，然后将民事赔偿作为重要的量刑情节，从而确定被告人的最终量刑。

本文拟采用社会科学的一般方法，站在观察者和解释者的立场，秉承“价值中立”的原则，对上述三种模式所蕴含的基本理念和制度安排进行客观的分析，并对各种模式的积极效果及其所存在的问题加以评论。与传统的对策法学研究不同，本文不打算提出带有倾向性的意见，只对三种不同的附带民事诉讼模式进行深入的分析 and 讨论。或许，这种研究要比那种主观性较强的对策研究更有助于揭示问题，也更能发现制度、实践和改革方案背后的理论线索。

〔2〕 广东佛山中院课题组：《刑事附带民事诉讼案件审理与执行情况的调查报告》，《法律适用》2008年第7期。

〔3〕 参见陈卫东：《打破“先刑后民”，让司法价值回归》，《新京报》2005年1月6日。

〔4〕 参见高遥生等：《聚焦刑事附带民事诉讼》，《法制资讯》2008年2月29日。

〔5〕 陈伟：《先民后刑，宽严相济：繁峙刑事审判最大限度增加和谐因素》，《人民法院报》2008年9月17日。

## 二、“先刑后民”模式

按照中国现行的刑事附带民事诉讼制度，犯罪行为的被害人可以在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼，从而就其因犯罪行为所受到的损害结果请求民事赔偿。法院通过同一审判组织，在对公诉案件审理完毕之后，再来处理民事赔偿问题，并就公诉和民事诉讼问题一并作出裁判。当然，为了避免诉讼的过分拖延，法律也允许被害人在法院对公诉案件作出判决之后，再向同一审判组织提起民事诉讼。由于这种附带民事诉讼制度采取了“刑事优先于民事”的裁判原则，使得法院对民事诉讼的裁判在刑事审判结束之后进行，而且民事裁判要以刑事裁判所认定的事实为依据，因此，我们可将这种附带民事诉讼视为一种“先刑后民”模式。

### （一）“先刑后民”模式的理论根基

刑事附带民事诉讼是一种旨在协调刑事公诉与民事侵权诉讼之关系的制度安排，而“先刑后民”则属于刑事附带民事诉讼的一种具体程序模式，两者本不属于同一层面的概念。大体说来，刑事附带民事诉讼属于大陆法传统的一部分，具有特定的理论根基。但是，“先刑后民”并不是附带民事诉讼的惟一程序选择，被害人除了在刑事诉讼过程中提出民事赔偿请求以外，还可以提起独立的民事诉讼请求。不过，作为附带民事诉讼的典型程序设计，“先刑后民”模式的确与附带民事诉讼制度本身有着密切的联系，也有着相同或相似的理论基础。

一般而言，“先刑后民”模式建立在两个理论根基之上：一是“实体关联性理论”；二是“程序便利性理论”。根据“实体关联性理论”，由于社会危害后果和私人侵权后果都是由同一犯罪行为所引发的，法院只要查明犯罪事实，就既可以确定被告人的刑事责任，也可以对被告人的民事侵权责任作出相应的认定。<sup>〔6〕</sup>当然，公诉的直接起因是犯罪行为，而民事诉讼的直接起因则是犯罪所引起的损害，没有损害后果的发生，民事诉讼就没有提起的基础。正因为如此，立法者在对公诉和民事诉讼进行区分之后，又对两者确立了一种相互依存和不可分割的连带关系。被害人可以向受理公诉案件的法院提起民事诉讼，法院先审理公诉案件，在确定被告人构成犯罪的前提下，再来审理被告人的民事赔偿问题。这样，民事诉讼相对于公诉而言，就处于一种附属地位，这种附属关系不仅存在于被害人提起附带民事诉讼的程序之中，而且也适用于被害人单独向法院提起民事诉讼的情形之下。在此方面，法国学者甚至主张所谓“刑事致民事原状待审”的原则，认为在刑事法庭对公诉作出裁判之前，民事法庭不得对民事诉讼作出裁判。不仅如此，在刑事法庭对公诉作出裁判之后，民事法官仍要受到刑事裁判之“既判是由”的约束，也就是不得与刑事裁判发生矛盾。<sup>〔7〕</sup>

而根据“程序便利性理论”，附带民事诉讼的制度设计既有着减少被害人讼累、便利被害人诉讼的考虑，也有着避免同一法院就同一案件作出自相矛盾的裁判的意味。在很多大陆法国家，为了避免法院就同一犯罪事实进行重复审理，以致带来双重工作负担，也为了避免同一法院就同一案件作出自相矛盾的裁判，法律允许被害人在刑事诉讼过程中提出民事赔偿请求，并由法院在公诉程序中将其作为附属事项加以裁决。<sup>〔8〕</sup>

在中国，由于公诉与民事诉讼的提起都建立在同一犯罪事实的基础上，因此，被害人在刑事诉讼过程中直接向刑事法庭提出民事赔偿请求，要求同一审判组织在对公诉案件形成裁判意见、

〔6〕 参见〔德〕Claus Roxin：《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译，台湾三民书局1998年版，第646页以下。

〔7〕 参见〔法〕卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》上，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第112页以下。

〔8〕 参见前引〔6〕，Claus Roxin书。

犯罪事实得到大体查明的基础上，继续就民事赔偿问题进行审理并形成裁判意见，这可以使本来独立的公诉和民事诉讼经过同一审判组织的审理，在同一诉讼程序中得到权威的裁决。这当然有利于提高效率，降低诉讼成本，避免被害人因为重新提起民事诉讼而可能承受的诉讼负担。不仅如此，由同一审判组织按照“先刑后民”的原则审判民事赔偿案件，还可以保持刑事裁判与民事裁判的一致性，避免法院在对基于同一犯罪事实而提起的两种诉讼案件中做出相互矛盾的裁判结果，从而有利于维护司法裁判的权威性和统一性。

## （二）“先刑后民”模式面临的危机

通过一场连续的法庭审理过程，刑事法庭既解决了被告人的刑事责任问题，又根据刑事裁判所认定的犯罪事实，对被害人的民事赔偿问题作出快速的裁决。这应当是附带民事诉讼制度的设计者所预设的理想状态。然而，中国刑事附带民事诉讼的实践表明，在绝大多数刑事审判过程中，这一理想都是难以实现的。可以说，在审理程序、赔偿标准以及执行效果方面，刑事附带民事诉讼制度都出现了严重的危机。

在审理程序上，被害人对民事赔偿请求失去了程序选择权，而不得不接受法院强行安排的“附带民事审判程序”。根据现行的司法解释，被害人既可以在刑事审判结束后提起附带民事诉讼，从而获得同一审判组织的民事审理，也可以在刑事判决生效后向法院民庭另行提起民事诉讼。然而，无论是法院刑庭还是民庭，一般都不会受理被害人单独提起的民事诉讼请求。这一方面是因为单独受理民事案件意味着诉讼成本的增加，法官们对这种过于棘手的民事赔偿问题避之唯恐不及；另一方面也意味着附带民事诉讼问题既然在刑事诉讼中都难以解决，允许被害人另行提起民事诉讼也无济于事，附带民事诉讼并没有走出原来的困境。<sup>〔9〕</sup>

在这种不是出自被害人自由选择的“附带民事诉讼”程序中，法院完全遵循“先刑后民”和“刑事优先于民事”的原则，将被告人的定罪量刑问题视为法庭审理的核心问题。无论是法庭调查还是法庭辩论，几乎完全围绕着被告人的刑事责任问题而展开。对于被害人提出的民事赔偿请求，刑事法庭通常是在刑事部分的审理结束之后，进行快速的法庭审理活动。在这短暂的民事审理过程中，刑事法庭一般只是将被告人视为附带民事诉讼的被告，民事原告则由被害人或者其法定代理人充任，而不会按照民事法律的规定变更当事人和追加第三人。很多“依法承担民事赔偿责任”的单位和个人，都难以参与附带民事诉讼的审理过程。不仅如此，主持附带民事诉讼审理的刑事法官，在简单地听取民事原告的赔偿请求和相应证据之后，就安排控辩双方就民事赔偿问题展开辩论。法庭既不对被告人的民事赔偿能力进行事先调查，也不就民事赔偿所依据的事实展开法庭调查，更不会组织双方就民事赔偿请求的合理性、赔偿标准、执行方式等问题进行必要的辩论。在听取双方的意见后，法庭就匆匆忙忙地进行法庭调解，试图在极短的时间内促使双方达成民事赔偿协议。这种简单、粗糙的民事审理程序既难以保证法庭获得必要的民事裁判事实和信  
息，也无法维持最起码的程序公正，更难以促成民事赔偿协议的达成。<sup>〔10〕</sup>

在赔偿标准问题上，附带民事诉讼制度正面临着前所未有的困境。现行刑事诉讼法将附带民事诉讼的赔偿范围限定在犯罪行为所造成的“物质损失”上。对于这种“物质损失”，最高法院将其解释为“被害人因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失”。根据司法解释，被害人因为犯罪行为所遭受的精神损害，不在附带民事诉讼的赔偿范围之列。<sup>〔11〕</sup>在司法实践中，即便对于法律所规定的“物质损失”，法院也很难做出完整的民事赔偿。例如，法院只允许被害人就人身伤害所带来的物质损失提出赔偿请求，对被告人非法占有和处置被害人财产而引发的诉讼

〔9〕 参见刘青峰：《何以刑事附带民事诉讼判决几乎不能执行》，《法制资讯》2008年2月29日。

〔10〕 参见张素莲：《附带民事诉讼的程序实务问题研究》，《刑事审判要览》总第12集，法律出版社2006年版，第1页以下。

〔11〕 参见最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》，2000年12月13日颁布，2000年12月19日施行。

请求则不予受理；在人身损害赔偿标准方面，很多法院拒绝将“死亡赔偿金”、“伤残赔偿金”和“精神损失费”列入赔偿范围，这已经形成了附带民事诉讼中的“三不赔”问题。<sup>〔12〕</sup>尤其值得注意的是，为减少所谓的“空判”现象，避免法院依法所作的附带民事判决无法得到执行，各地法院普遍根据“被告人的赔偿能力”来决定是否作出民事赔偿裁判，并确定民事赔偿的数额和标准。换言之，对于那些没有赔偿能力或者赔偿能力不足的被告人，法院不再对被害人因为犯罪行为所遭受的“物质损失”进行赔偿，而要么作出拒绝民事赔偿请求的裁判，要么作出赔偿标准极低的民事裁判。<sup>〔13〕</sup>

对于附带民事诉讼的赔偿范围问题，众多学者和司法人员都提出了尖锐的批评。例如，针对司法解释拒绝将精神损害列为附带民事诉讼的赔偿范围问题，评论者普遍认为这既违背现行民法通则的规定，也背离了民事侵权法的基本归责原则。特别是对那些没有造成明显“物质损失”却令被害人或其近亲属产生极度痛苦的犯罪行为，如强奸、侮辱、诽谤等，这种赔偿范围的规定既无法惩罚造成侵权后果的犯罪人，也难以对遭受身心创伤的被害人进行有效的民事赔偿，更遑论进行必要的精神抚慰了。况且，最高法院颁布的民事司法解释对于那些因侵权行为而遭受精神损害的被害人，给予了越来越完善、越来越公平的精神损害赔偿，而该院颁布的刑事司法解释却规定对犯罪所造成的精神损害不作任何赔偿，而这种精神损害相对于普通侵权行为所造成的损害而言却要严重得多。这显然背离了法律面前人人平等的原则，造成法院对同一性质的侵权行为适用不同的赔偿标准。又如，对于在普通民事侵权诉讼中越来越得到强调的“死亡赔偿金”、“伤残赔偿金”问题，法院在附带民事诉讼中一律拒绝赔偿，并拒绝将其解释为犯罪所造成的“物质损失”。这显然是存在严重问题的。相对于所谓的“医疗费”、“误工费”、“丧葬费”以及其他所谓的“物质损失”而言，死亡赔偿金属于对被害人生命权的补偿，伤残赔偿金则属于对被害人所受身心创伤的补偿，其重要性远远高于所谓的“物质损失”。然而，法院竟然普遍拒绝将上述两项损失纳入民事赔偿的范围。再如，法院根据所谓的“被告人的赔偿能力”来确定民事赔偿的裁判，这固然有着避免“空判”、防止被害人提出申诉、上访的考虑，却背离了基本的侵权归责原则，等于为了某种功利性的考虑而放弃对民法正义的追求。更何况，根据“赔偿能力”作出是否赔偿或者赔偿多少的民事裁判，究竟能否达到令被害人息诉服判的效果，这是非常令人怀疑的。

附带民事判决的执行问题是这一制度目前所面临的重大危机。迄今为止，笔者尚未发现全国法院附带民事诉讼案件“空判”的准确比率。不过，从媒体零星报道的数据来看，这一问题的严重程度已经超出研究者的想象。例如，2007年1至5月，河南洛阳中级法院对于申请执行的24件附带民事判决，执行成功率为0%。据估计，该法院近年来附带民事诉讼平均执行率不足5%。<sup>〔14〕</sup>又如，广州市两级法院近三年来共受理了1710件附带民事赔偿执行案件，执行结案数为1426件，其中被告方自动履行60件，和解结案23件，法院强制执行105件，实际执行完毕的案件比例仅为13%，其余绝大多数案件均以中止或终结的方式结案。据估计，大约有80%以上的附带民事赔偿案件根本无法执行。<sup>〔15〕</sup>再如，从2006年至2007年上半年，湖南醴陵法院刑庭共有25件附带民事案件进入执行程序，最终没有一件全部执行完毕，部分执行完毕的也仅有数件，刑事附带民事赔偿案件的执行率没有达到5%。<sup>〔16〕</sup>

附带民事判决之所以“屡成空判”，要么是因为被告人没有经济赔偿能力，要么是因为大量

〔12〕 参见前引〔9〕，刘青峰文。当然，也有些法院对于“死亡赔偿金”采取了时赔时不赔的处理方式，而没有适用统一的赔偿标准。参见梁建军等：《刑事附带民事案件：四大“难点”亟待破解》，《湖南日报》2007年10月10日。

〔13〕 参见王九川：《关于刑事附带民事诉讼问题的几点看法》，《法制资讯》2008年2月29日。

〔14〕 参见胡锦涛、郭久辉：《刑事附带民事赔偿，为何屡成空判？》，《新华每日电讯》2007年8月5日。

〔15〕 参见谈佳隆：《刑事附带民事赔偿执行难，如何解决法学界看法不一》，《中国经济周刊》2007年12月3日。

〔16〕 参见前引〔12〕，梁建军等文。

具有赔偿能力的被告人逃避了民事赔偿义务。由于附带民事诉讼通常发生在故意杀人、伤害、抢劫、寻衅滋事、交通肇事等刑事案件之中，被告人大都属于低收入者或者无业人士，经济赔偿能力不足。而民事原告则往往会提出数额较高的赔偿要求，有的甚至提出了远远超出被告人履行能力的赔偿要求。而在那些被告人具有赔偿能力的案件中，附带民事判决“执行难”问题则是由以下原因造成的：一是刑事法官普遍持有“打了不罚，罚了不打”的传统观念，认为法院已经对被告人判处刑罚并使其遭受了惩罚，如果继续追究其民事赔偿责任就属双重处罚，并使被告人陷入悲惨的境地，特别是在被告人被判处死刑的案件中，刑事法官更是对充当“杀人又罚钱”的角色踌躇不决，这种观念往往造成法院在判决执行方面处于被动和应付的局面；二是法院尽管在刑事诉讼中可以采取“查封、扣押财产”的保全措施，但在实践中却极少使用，因为在持续时间较长的审判前阶段，公安机关、检察机关既无权采取这种查封、扣押财产的措施，也缺乏保障附带民事诉讼顺利执行的积极性和主动性，结果造成被告人近亲属经常从容地转移或隐匿财产，使得法院在审判阶段即便想采取财产保全措施，也变得无能为力；<sup>[17]</sup>三是现行法律缺乏先予执行的保障措施，法院在附带民事诉讼过程中也缺乏保障顺利执行的意识，对于可能转移、隐匿财产的被告方缺乏必要的先予执行手段，既无法责令被告方提前向那些处境困难的被害人支付必要的经济补偿，也无法对被告方采取必要的财产担保和风险抵押措施，以至于在附带民事判决执行环节陷入极为被动的境地；<sup>[18]</sup>四是按照传统的“先刑后民”的理念，法院先确定被告人的定罪和量刑问题，然后审理附带民事赔偿问题，这往往造成附带民事诉讼的控辩双方既难以达成和解，法官也很难调解成功，因为在被告人几乎肯定受到定罪量刑的情况下，被告方履行民事赔偿义务的动力将显得明显不足，而传统的附带民事诉讼审理方式则使得民事赔偿与法院量刑没有必然的联系，被告方既不会因为赔偿而在量刑方面得到明显的“实惠”，也不会因为拒绝履行而在量刑方面受到惩罚。近期部分基层法院进行的“先民后刑”改革实验，使得民事赔偿直接成为法院的重要量刑情节，带来了附带民事诉讼调解成功率的大幅上升，<sup>[19]</sup>这从一个方面显示出传统的“先刑后民”模式在促成调解和和解方面具有一些先天的劣势。

### （三）“先刑后民”模式的理论反思

现行附带民事诉讼制度秉承“刑事优先于民事”的诉讼原则，将民事赔偿问题的处理一律置于公诉程序之后，并将刑事审判中确认的犯罪事实视为民事赔偿的直接根据。这种貌似合理的制度设计导致民事侵权诉讼的独立性受到扼杀。其实，被害人的民事赔偿请求尽管与检察机关的公诉来源于同一犯罪行为，两者无论在性质、目的和程序构造方面都是存在实质差异的。例如，刑事诉讼奉行的是实体真实发现主义理念，被告人即便作出有罪供述，法院也要对全案证据进行审查核实；而民事诉讼则实行当事人处分主义，被告一旦作出真实的自认，诉讼即可终止，法院就要按照自认的内容作出民事裁判。在中国司法制度下，刑事审判不容许采取缺席审判的方式，而民事法庭则可依法采取缺席审判程序。又如，在控辩双方的诉讼资格问题上，民事诉讼显然要比刑事诉讼复杂得多。在刑事法庭上，公诉人与被告人构成基本的控辩双方，被害人最多是作为公诉方的辅助者参与诉讼活动的；而在民事法庭上，原告不一定是刑事案件中的被害人，而经常是被害人的法定代理人，被告也不一定是刑事被告人，而可能是被告人的法定代理人，那些与案件有着利害关系的个人和单位则可以成为第三人，而这种第三人又根据其是否有独立请求权来作出

[17] 参见张金海：《对附带民事诉讼案件可考虑诉前财产调查》，《检察日报》2008年10月6日。

[18] 江苏省高级人民法院刑一庭：《关于刑事附带民事诉讼若干问题之研究》，《刑事审判要览》总第5集，法律出版社2004年版，第122页以下。

[19] 参见李飞：《恢复性司法的尝试——无锡两级法院开展刑事和解工作调查》，《人民法院报》2008年4月1日。另参见李飞：《平息多方矛盾的有效举措——哈尔滨刑事附带民事案件调解工作调查》，《人民法院报》2007年9月11日。

进一步的区分。又如,在证明责任问题上,刑事诉讼奉行无罪推定原则,被告人不承担证明自己无罪的责任,公诉方始终要承担证明被告人有罪的责任,并将这一点证明到法定的最高标准,这一不可转移的证明责任也为“疑罪从无”原则的确立奠定了基础;而民事诉讼则奉行“谁主张,谁举证”的原则,提出积极诉讼主张的一方要承担证明责任,但这种证明责任是可以转移的,一旦发生这种转移,对方就要承担证明该主张不能成立的责任,而且根据最高法院的相关司法解释,在涉及医疗事故纠纷、产品质量纠纷、环境污染侵权纠纷等特殊案件中,证明责任还会发生有条件的“倒置”情况。再如,在证明标准问题上,中国近年来的证据立法运动越来越朝着降低证明标准的方向发展,刑事诉讼的证明标准被设定为“排除合理怀疑”,而民事诉讼的证明标准则被确定为“优势证据”或者“高度的可能性”。当然,刑事诉讼与民事诉讼在诸如管辖、诉讼时效等方面还存在着其他区别。这些区别充分说明,法院通过一场连续的诉讼过程,既解决被告人的刑事责任问题,又解决被害人的民事赔偿问题,这经常会出现难以兼顾的情况。将民事诉讼依附于刑事诉讼之中,往往忽略了民事诉讼的特殊性,扼杀了这种诉讼的独立性,最终牺牲了这种诉讼的完整性和公正性。

民事诉讼与刑事公诉不仅存在上述诸多方面的差异,而且存在着一定的不可同步性。刑事诉讼一旦出现因故中止或者终结的情形,就使得民事诉讼所要“附带”的刑事诉讼不复存在,民事诉讼失去了存在的基础和前提,被害人的民事赔偿请求也就难以实现。例如,犯罪嫌疑人、被告人一旦出现死亡的情况,刑事诉讼应立即终止,对被告人刑事责任的追究也就到此结束,但这并不意味着被害人民事诉权的消灭,被害人仍然可以提出民事赔偿请求,只不过所谓的“附带民事诉讼”已经失去存在的前提了。又如,刑事案件一旦因为被告人未达到法定刑事责任年龄、不具备刑事责任能力、行为情节轻微、案件事实不清等原因,导致法院作出了无罪判决,被告人的犯罪行为也就无法得到法院的认定,所谓的“附带民事诉讼”也就无从谈起了。再如,在司法实践中经常发生的嫌疑人、被告人潜逃情况,使得刑事诉讼无法进行下去,附带民事诉讼也就没有存在的基础。这些例子说明,在刑事诉讼因故无法顺利进行的情形下,现行附带民事诉讼制度往往处于难以运转的局面。

不仅如此,在现行刑事司法体制下,被害人提出的附带民事诉讼请求难以获得有效的司法保障。迄今为止,中国的刑事审判只具有解决被告人刑事责任问题的单一功能,刑事法官的诉讼活动只是局限在审判阶段,而在侦查、审查起诉等审判前程序中,刑事法官则没有参与的机会和空间。在现行刑事诉讼制度下,被害人即便在侦查、审查起诉阶段提出了民事赔偿请求,也不会有法官及时采取诸如财产保全、先予执行等措施,也没有法官通过收取保证金的方式来确保未来附带民事诉讼判决的有效执行。于是,在持续时间动辄长达数月的审判前程序中,那些本来财产状况良好、具有民事赔偿能力的被告人近亲属,则有充足的时间进行财产转移和隐匿活动。现行法律尽管也允许法院“必要时采取查封、冻结财产”等措施,但这种只能在审判阶段进行的保全措施往往为时已晚,难以阻止被告方转移、隐匿财产的行动,根本不足以发挥财产保全的作用。

那么,公安机关、检察机关就不能采取财产保全、先予执行等措施了吗?事实上,近年来越来越多的司法人员都主张由公安机关、检察机关采取诸如查封、冻结财产等保障措施,并对被告方的财产状况展开及时调查,从而对未来附带民事裁判的执行承担保障责任。<sup>[20]</sup>这种观点的初衷是可以理解的,却忽略了一些司法体制方面的因素。在中国现行司法体制下,法院既不能对侦查、审查起诉活动的合法性进行司法审查,也无权命令侦查人员、公诉人员采取某一诉讼行为。尤其是对公安机关、检察机关的审判前活动,法官别说进行事前干预,就连在法庭审理中都难以

[20] 前引 [17], 张金海文。

进行必要的事后审查。结果，被害人所提出的诸如调查被告方财产状况、采取财产保全等方面的请求一旦遭到拒绝，根本无法获得法院有效的司法救济。

### 三、“刑民分离”模式

鉴于传统的“先刑后民”模式已经陷入前所未有的困境之中，一些学者和司法人员提出了“刑民分离”的改革思路，并将此作为改革刑事附带民事诉讼制度的理想方案。根据这一思路，民事侵权赔偿与刑事公诉尽管是由犯罪行为所派生出来的两种诉讼，却具有相对的独立性，前者不应依附于后者，而应在制度设计上与后者进行分离。这一思路走到极端，就是主张采纳“英美刑事诉讼与民事诉讼彻底分离”的做法，将民事侵权诉讼塑造成完全独立于刑事诉讼的诉讼形态。具体而言，不论刑事诉讼是否提起，也不论刑事诉讼进展到哪一诉讼阶段，被害人都可向法院民庭提起独立的民事赔偿请求，而不再提起任何形式的附带民事诉讼。<sup>〔21〕</sup>

这种“彻底分离主义”的主张尽管理论上显得完美，却未必具有可行性。目前，绝大多数同意“刑民分离”的人士都坚持一种“相对分离主义”的观点，认为至少应当抛弃那种法院强制被害人接受附带民事诉讼的做法，赋予被害人选择民事诉讼方式的权利，被害人可以自愿选择以下三种诉讼方式：一是认为附带民事诉讼更有利于保障其诉权实现的，可以选择附带民事诉讼程序；二是可以选择在法院对被告人的刑事责任问题作出生效裁决之后，再向民庭提起独立的民事侵权诉讼；三是在法院生效刑事裁判形成之前的任一阶段，向法院民庭提起独立的民事侵权之诉。<sup>〔22〕</sup>

迄今为止，这种主张“刑民分离”的改革思路还没有为立法部门所接受，也几乎没有任何法院按照这一思路进行附带民事诉讼的改革试验。尽管如此，这一思路作为一种改革中国刑事附带民事诉讼制度的理想方案，却具有相当大的影响力。这一改革思路既具有完整的价值目标体系，也有着非常具体的制度安排。有鉴于此，笔者将这种拟议中的“刑事公诉与民事赔偿诉讼相分离”的程序视为一种新的附带民事诉讼模式，也就是“刑民分离”的模式。在以下的讨论中，笔者将对这一模式的理念基础、制度安排以及可预期的实施效果作出反思性的评析。

#### （一）“刑民分离”的主要理由

传统的“先刑后民”模式不仅带来了附带民事判决“执行难”的问题，而且在赔偿范围、先予执行、财产保全等方面背离了民事侵权法和民事诉讼法的基本准则。这种模式强行将民事侵权之诉作为刑事公诉的附属品，从根本上否定了民事侵权诉讼的独立性，使得被害人无法实现其获得民事赔偿的诉讼请求。这种“刑事附带民事诉讼”的实质，其实就是“犯罪附带侵权”、“国家附带个人”。这一点既是“先刑后民”模式的根本缺陷，也是“刑民分离”模式兴起的重要理由。

有鉴于此，确立“刑民分离”的程序模式，不仅具有理论上的正当性，而且会带来一系列的积极效果。首先，“刑民分离”的模式意味着刑事公诉与民事侵权之诉具有相对独立的地位，被害人的民事赔偿请求不再完全依附于国家的刑事诉讼程序，这既可以确立侵权相对于犯罪的独立地位，也可以最大限度地维护被害人的私权。传统上，社会危害性被视为犯罪的本质属性，犯罪的私人侵权特征则被有意无意地忽略了。自从国家追诉制度产生以来，国家被视为犯罪行为的主要受害者，那些受到犯罪行为直接侵害的公民则仅仅被视为第二位的受害者，追诉犯罪的权利主要由国家来行使，被害人被剥夺了发动刑事诉讼的机会。作为犯罪行为的附带结果，私人侵权结果的发生被认为是被害人提起民事赔偿之诉的基础。但即便是私人侵权属性本身，也经常在刑事法理论中或多或少地受到忽略。在中国传统的“先刑后民”模式中，被害人只能在刑事诉讼过程

〔21〕 参见庞君森：《刑事附带民事诉讼制度存在价值质疑》，《中国刑事法杂志》2004年第5期。

〔22〕 前引〔4〕，高遥生等文。

中提出民事赔偿请求,法院也只能在刑事公诉部分审理结束之后再来处理侵权赔偿问题。这使得私人侵权诉讼只能依附于刑事公诉,而难以有独立的地位,并且在刑事诉讼中经常受到忽视、贬低甚至完全牺牲。可以说,要从根本上改变“重刑事公诉,轻民事诉讼”、“重国家利益,轻私人利益”的局面,就只能将民事诉讼从刑事公诉程序中分离出来,承认前者相对于后者的独立地位,赋予被害人自由选择民事诉讼方式的机会,使得民事侵权之诉可以在刑事诉讼之后、之中或者之前提起,甚至在刑事公诉无法提起或者因故终止的情况下,被害人仍然可以向法院提起独立的民事侵权之诉。只有这样,被害人才可以真正拥有通过司法获得侵权救济的机会,其私权也才不至于因为依附于国家公诉而失去获得实现的可能。<sup>[23]</sup>

其次,被害人通过选择实现民事诉权的方式,可以按照自己的意愿选择适当的民事诉讼程序,而不必受制于法院的强行安排。在那些事实清楚、民事法律关系简单、被告人具有民事赔偿能力而又愿意承担赔偿责任的案件中,附带民事诉讼方式仍然具有适用上的正当性,而且还有减少讼累、便利诉讼的积极效果。但是,对于那些被告人可能隐匿财产、逃避民事赔偿义务的案件而言,采取附带民事诉讼方式就会导致法院财产保全、先予执行措施的明显滞后,可能造成附带民事诉讼判决执行的困难;对于那些民事当事人与刑事当事人在主体资格上不对称的案件,如民事原告的范围大于刑事被害人或者民事被告的范围大于刑事被告人的案件,采取附带民事诉讼的方式就会带来民事诉讼程序的过于简单和粗糙问题;对于那些司法机关因法定事由无法继续追诉犯罪嫌疑人、被告人刑事责任的案件而言,刑事诉讼的中止或者终止,必然会造成附带民事诉讼无法持续进行;而对于那些司法机关最终以不立案、撤销案件、不起诉或者宣告无罪的方式作出无罪宣告的案件而言,被告人刑事责任的消失并不必然导致其民事赔偿责任的消灭,对这些案件采取附带民事诉讼的程序就只能导致民事诉讼程序的终止……在以上诸多情形下,采取向法院提起独立民事诉讼的方式要比提起附带民事诉讼方式更具有可行性,对于维护被害人的诉权也更加有利。<sup>[24]</sup>由此看来,只有采取“刑民分离”的程序模式,被害人才可以真正拥有自主选择民事诉讼程序的机会,从而按照最有利于维护自己权益的方式来选择诉讼模式。这完全符合程序正义的要求,可以使被害人诉权的实现得到最大限度的制度保障。

再次,确立“刑民分离”的程序模式,还可以确保被害人提起的民事诉讼摆脱目前的尴尬和困境,真正按照民事侵权法的基本原则来确立赔偿范围,实现民事侵权之诉的回归。因为只有将民事侵权之诉从刑事公诉程序中独立出来,被害人才可以像民事原告那样,按照民事侵权法的规定提出诉讼请求,诸如精神损害赔偿、死亡赔偿金、伤残赔偿金应否赔偿的问题才可以迎刃而解;被害人直接向民事审判庭提起诉讼,可以申请法院对被告方的赔偿能力进行充分的调查,及时地采取先予执行、财产保全措施,从而保障民事判决的有效执行。不仅如此,确立“刑民分离”的程序模式,还可以保证分离后的民事诉讼更加符合民事诉讼的运行原理,而不受刑事公诉程序的束缚和限制,如在证据能力、证明责任、证明标准等各种证据规则上遵从民事诉讼的准则。即便在刑事公诉程序无法启动、暂时中止或者完全终止的情况下,被害人仍然可以通过提起民事侵权之诉,向民事法庭主张自己的民事权利。

## (二) 若干反思

近年来,“刑民分离”的改革思路得到了越来越多学者的支持,甚至连很多刑事法官也认为这是解决附带民事诉讼问题的必由之路。然而,这一命题真的成立吗?附带民事诉讼中的问题真的会随着刑事公诉与民事诉讼的“一分为之”而迎刃而解吗?

这种“刑民分离”的改革思路尽管将民事侵权之诉从刑事公诉程序中独立出来,却使法院在

[23] 参见李国民:《杜绝“法律白条”,“赔钱从轻”不是办法》,《检察日报》2007年2月1日。

[24] 参见张虎林:《略论附带民事诉讼中的几个问题》,《人民法院报》2003年8月11日。

促成和解方面失去了一个极为重要的砝码——无法将被告人履行赔偿义务作为从轻量刑的情节。而被告人一旦没有“赔偿折抵刑期”这一现实的激励机制，就要么在履行赔偿义务方面失去足够的动力，要么会采取更加不受节制的隐匿财产、逃避赔偿义务的行动。而中国近年来附带民事诉讼形成高调解结案率的真正奥秘，又恰恰在于那种“以赔偿折抵刑期”的“先民后刑”机制得到了普遍的实行。因此，笔者担心，“刑民分离”的思路一旦变为现实，民事法庭的调解结案率肯定会大幅度地下降，法庭将不可避免地大量适用判决结案的方式。但是，中国法院附带民事判决“执行难”的问题至今没有得到根本解决，大多数附带民事判决最终都形成了“空判”，既然如此，法院对这种从刑事公诉中独立出来的民事侵权案件假如继续采取判决结案的方式，就可以避免“执行难”吗？答案显然是否定的。

“刑民分离”的程序模式一旦实施，法官将在适用缓刑、假释、减刑等宽大处罚方面，失去一种有效约束犯罪人并督促其改过自新的激励机制。笔者注意到，即使在英美法国家，法官有时也可以判处一种附条件的缓刑，责令犯罪人在特定期限内接受治疗、接受身体检查或者赔偿被害人的经济损失，并以此作为不再执行监禁刑的前提条件。法官一旦发现被告人在指定期限内没有履行上述义务，包括没有履行民事赔偿义务，就可以撤销原来所作的缓刑判决，将被告人改判为入监狱服刑。<sup>[25]</sup>这种裁判方式一方面可以减少监禁刑的适用，使犯罪人受到尽可能短的自由刑处罚，另一方面也可以督促犯罪人采取积极行动来承担民事赔偿义务，尽量减轻被害人所受的身心创伤。而在中国近年兴起“刑事和解运动”中，被告人不仅可以在庭审之前、庭审之中与被害方达成民事赔偿协议，而且还可以在判决生效后继续就赔偿问题达成协议，法院根据被告人提供民事赔偿的情况，可以对被告人适用减刑、假释等各种宽大处理措施。但是，“刑民分离”的改革思路一旦实施，刑事法官在定罪量刑时不需要考虑民事赔偿的情况，民事法官不再将赔偿作为宽大处罚的情节，也无法再将轻缓判刑作为吸引犯罪人积极赔偿的砝码。这样的“刑民分离”，无论对于民事赔偿的有效履行，还是对于犯罪人的改过自新，都可能带来负面的效果。

“刑民分离”的程序模式还具有一个难以克服的局限性，那就是在解决民事判决执行难方面可能难以产生积极的效果。刑事附带民事诉讼制度所存在的“执行难”问题，是由多方面的原因造成的。对于这一点，笔者前面已经做过分析。但是，假如“刑民分离”的改革思路并没有使那些导致“执行难”的原因有所改变的话，那么，这种从刑事公诉中独立出来的民事诉讼又怎么会摆脱“执行难”问题呢？

比如，附带民事判决执行难的产生，在很大程度上是与法院没有及时采取查封、冻结等财产保全措施有着关联的，这通常会导致那些本来具有赔偿能力的被告人家属采取隐匿、转移财产以及其他逃避赔偿义务的举动。而这一点又与现行的刑事司法体制有着密切的关系。那么，“刑民分离”的程序模式究竟能在多大程度上解决这一问题呢？事实上，被害人无论是选择附带民事诉讼程序，还是选择在刑事诉讼结束后提起独立的民事诉讼，都将面临同样的难题：法院参与民事诉讼的时间过于迟延，以至于失去了调查被告人赔偿能力的最佳时机，难以有效地采取查封、扣押、冻结等财产保全措施，对于那些陷入困境、亟待救助的被害人，也无法采取有效的先予执行措施。不仅如此，面对那些可能隐匿、转移财产、逃避民事赔偿责任的被告人，法院如果仍然像往常那样，采取消极不作为的方式予以应对，而不去实施诸如司法拘留、搜查、扣押等强制性措

[25] 2008年10月23日至24日在北京举行的中美量刑改革国际研讨会上，来自美国马萨诸塞州的一位法官演示了一起曾经审判过的刑事案件的量刑听证程序。法官最后判处被告人30个月的监禁刑，并在被告人服刑6个月之后改服缓刑，也就是24个月的减刑，暂缓3年执行。但被告人在缓刑考验期间必须满足以下三个条件：一是接受并完成一期戒毒治疗；二是接受随机尿检和呼气检测；三是支付受害者医疗费和误工费。如果被告人违反了上述任何一项条件，缓刑考验部门有权提请法院对其重新实施监禁。

施,那么,“刑民分离”的程序模式就将与现行的“先刑后民”模式一样,面临严重的判决执行困难的问题。既然执行难同样是拟议中的“刑民分离”模式所要遭遇的厄运,那么,这种改革思路还有多少正当性可言呢?

当然,主张“刑民分离”的人士可以提出彻底的“刑民分离”观点,也就是在刑事案件立案之前,就允许被害人先行向法院提起独立的民事诉讼。按照这一思路,民事法庭不去顾及刑事诉讼是否启动以及进展到何种阶段,而完全按照民事诉讼的程序受理被害人的侵权赔偿之诉,并采取各种财产保全、先予执行等保障性措施,对那些隐匿、转移财产的被告也可以采取司法拘留等强制性措施,必要时可以按照拒不执行判决裁定罪来追究刑事责任。从理论上讲,这样的制度设计似乎完全可以避免附带民事诉讼制度所带来的“执行难”问题。

应当承认,被害人在刑事诉讼启动之前先行提起民事诉讼,这在一定程度上可以解决刑事公诉与民事诉讼的冲突问题,也可以使长期困扰法院的赔偿范围、赔偿标准、财产保全、先予执行等问题得到一定的化解。然而,如果法院在刑事判决尚未形成之前就先行解决民事赔偿问题,那么,这种民事判决所认定的案件事实对于刑事法庭认定犯罪事实是否具有约束力?如果具有约束力,那么,刑事法庭经过法庭审理一旦发现民事判决存在事实认定上的错误,难道就要容忍其存在而不加以纠正吗?如果不具有约束力,那么,刑事法庭一旦就同一案件事实作出与民事判决完全不一致的裁判结论,这岂不等于在同一案件事实上出现了两种自相矛盾的判决吗?不仅如此,法院经过刑事审判,一旦认定被告人没有实施犯罪行为或者被告人的犯罪行为属于“冤假错案”的话,那么,法院业已作出的民事判决就只能通过再审方式加以撤销,被害人所获得的民事赔偿也只能通过执行回转的方式恢复原状。这显然会造成民事法律关系处于程度不同的不确定状态。

#### 四、“先民后刑”模式

如果说现实中的“先刑后民”模式已经陷入了空前的危机,法学界提出的“刑民分离”模式则显得过于超前的话,那么,司法实务界则采取了一种现实主义的渐进改革策略,将有效地摆脱困境作为优先考虑的问题。近年来,各地法院为避免附带民事诉讼“空判”现象的发生,都优先选择调解结案的处理方式。而在这种调解结案方式中,一种“先民后刑”的程序模式逐渐被创造了出来,成为法院克服传统的“先刑后民”模式之缺陷的一种新的程序选择。<sup>[26]</sup>

所谓“先民后刑”模式,并不是对传统的“先刑后民”模式的简单取代。首先,这是一种与调解结案方式有着密切联系的程序模式,法院促成被害方与被告方达成民事赔偿协议,并促使被告方及时履行赔偿义务,这是适用这一模式的前提条件;其次,民事调解在刑事裁判形成之前进行,使得被告方履行民事赔偿义务在先,法院对被告人的刑事责任作出裁判在后;再次,作为这一模式的核心环节,法院对于与被害方达成赔偿协议并积极履行赔偿义务的被告人,适当作出从轻量刑的刑事判决,使得被告人因为积极赔偿而受到某种量刑上的“优惠”,同时也使得那些拒不履行赔偿义务的被告人无法获得从轻量刑的机会,甚至可能受到从重量刑。<sup>[27]</sup>这样,在没有对刑事附带民事诉讼制度作出实质性改革的情况下,中国法院就在司法实践中创造出了一种新的附带民事诉讼模式。在以下的讨论中,笔者将首先分析这一程序模式的创立初衷,然后对这一程序模式所面临的理论争议作出评论。

##### (一)“先民后刑”模式出现的原因

“先民后刑”模式的出现,是中国法院秉承实用主义理念来解决附带民事诉讼问题的结果。

[26] 参见林徽:《力促当庭履行——福建长泰法院加强调解工作调查》,《人民法院报》2007年12月11日。

[27] 前引[5],陈伟文。

在这一模式出现以前，法院已经采取过一些功利性较强的应对措施。比如说，法院为避免“空判”现象，普遍根据被告人的赔偿能力来确定是否赔偿以及赔偿的标准。<sup>〔28〕</sup>仅仅根据被告人是否具有赔偿能力来决定是否支持被害人的民事赔偿请求，或者根据被告人赔偿能力的大小来确定民事赔偿数额的多少，这种过于迁就现实的裁判方式也不一定会减轻法院的压力。因为被害人完全可能因为法院无法支持民事赔偿请求而质疑法院的公正性，甚至走上申诉、上访之路。又比如，为解决附带民事判决“执行难”的问题，一些地方法院近年来还探索实行了“被害人国家司法救助制度”。对于这种带有“国家补偿”性质的司法救助制度，很多人都抱以厚望，将其视为解决中国附带民事诉讼问题的根本出路。但实践证明，这种带有“救急不救穷”性质的司法救助，只能被用来解决极少部分被害人的经济补偿问题，而对于大多数陷入执行难困境的附带民事案件来说，显然是无济于事的。<sup>〔29〕</sup>况且，只有对那些被告方拒绝执行附带民事判决的案件，法院才提供少量的司法救助；而对于那些因为得不到民事赔偿而走上申诉、上访之路的被害人，则给予优先的救助。这种由法院根据自身需要选择救助对象的救助制度，注定无法保障刑事被害人获得平等的救助机会，违背基本的形式正义原则。

为解决附带民事判决执行难的问题，中国法院越来越注重附带民事案件的调解结案方式。但是刑事法官要成功地促使被告方与被害方达成调解协议，仍然会面临重重困难。在促成调解协议的达成方面，传统的“先刑后民”模式具有明显的劣势。例如，在原有模式下，法院的审判工作侧重在定罪量刑问题上，并在确定被告人的刑事责任之后才来处理附带民事诉讼问题。但是，在诉讼期限十分有限的情况下，刑事法官在大多数案件中并不对被告人进行财产状况和赔偿能力的调查，也很少采取诸如扣押、查封等保全性措施，对附带民事赔偿问题的处理主要集中在法庭审理过程之中。可想而知，在这较为短暂的庭审过程中，在没有进行必要准备的情况下，刑事法官要促使双方达成调解协议，势必变得极为困难。又如，在法院完全根据犯罪事实来定罪量刑的情况下，被告人失去了履行民事赔偿义务的基本动力。特别是在意识到赔偿与否并不会影响量刑的结果之后，被告人及其近亲属更是会竭力转移、隐匿财产，拒绝接受任何调解方案。再如，被害方通常既渴望寻求刑罚的正义，要求法院作出尽可能重的刑事处罚，又有着获得尽可能高额的民事赔偿的欲望。在法院已经形成刑事裁判的情况下，被害方坚信被告人已经构成犯罪，一般不愿意对赔偿数额作出太大的妥协，这也使得调解协议的达成变得更为困难。<sup>〔30〕</sup>

2000年，最高法院首次在司法解释中将民事赔偿与量刑联系起来，允许各级法院将被告人“赔偿被害人物质损失”，作为“量刑情节”来予以考虑。<sup>〔31〕</sup>与传统的“先刑后民”模式相比，这一司法解释既放弃了那种将定罪量刑与民事赔偿独立看待的立场，也不再坚持那种先解决刑事问题、后解决民事赔偿问题的处理方式。可以说，根据被告人履行民事赔偿义务的情况来确定量刑种类和量刑幅度，这是中国法院近年来为解决附带民事诉讼问题所作的最大改革措施。

〔28〕 最高人民法院副院长张军明确要求“调解不成必须做出判决时，应当充分考虑被告人实际赔偿能力、可供执行的财产状况，尽量避免空判”。参见薛勇秀：《最高法院：做好刑事附带民事案件赔偿工作》，中国法院网2007年7月4日。

〔29〕 例如，最早建立被害人救助机制的山东淄博市，从2004年至2007年，先后只有8名被害人获得了共计22万元的救助。该市最初设立的“刑事被害人经济困难救助资金”，总共才有30万元的规模。而从2004年至2005年底，淄博市中级法院尚有703件附带民事判决未能得到执行，被害人实际获得司法救助的比例不足2%。又如，根据广东高院的统计，广东省近年来无法得到执行的附带民事判决已经达到75%。截止到2006年底，广东省无法执行的刑事被害人赔偿金额达数亿元之巨。据保守估算，如果实行国家补偿制度，从而对所有未能得到执行的附带民事判决所涉及的被害人实施司法救助的话，仅广东省财政每年就要拨出10亿元。前引〔14〕，胡锦涛等文；前引〔15〕，谈佳隆文。

〔30〕 参见张慧宇等：《弥合对立的鸿沟——青海高院刑事附带民事诉讼调解工作调查》，《人民法院报》2008年1月22日。

〔31〕 参见前引〔11〕，最高人民法院规定。

要使被告人的民事赔偿转化为从轻量刑的情节,法院就必须在解决了民事赔偿问题之后,再来决定对被告人的刑事裁判问题,否则,这种民事赔偿与从轻量刑之间的实体转换就可能无法完成。要达到最佳的调解效果,法院需要建立某种调解前置的程序机制,以便于法院在最终作出定罪量刑的裁决之前,通过各种方式加大调解的力度。这种将调解置于量刑之前的做法,恰恰也是“先民后刑”模式得以发挥作用的程序保障。从目前各地法院从事附带民事调解的时间来看,“先民后刑”的程序机制其实又可以细分为三种类型:一是在法庭审判之前进行附带民事部分的调解,也就是所谓的“庭前调解”;二是在刑事审判程序进行完毕之后,刑事法庭就附带民事赔偿问题组织双方进行调解,在调解程序结束之后,再来确定对被告人的最终量刑结果;三是对于没有达成赔偿协议、没有履行赔偿义务的被告人,刑事法庭固然不作出从轻量刑的裁决,但仍然给予被告人获得从轻处罚的机会:对于那些在刑罚执行过程中履行赔偿义务的被告人,法院还可以此为根据,对其作出减刑、假释的裁定。

在没有对现行附带民事诉讼制度作出重大调整的情况下,“先民后刑”模式使被害方、被告方对民事赔偿问题的态度发生了根本的转变,也使得法院在附带民事案件的处理上掌握了主动权。事实上,传统的“先刑后民”模式所导致的“执行难”和“空判”情况,几乎成为所有被害方的“噩梦”,也是他们竭力要避免出现的结果。被害方假如一味地坚持“漫天要价”,或者对民事赔偿标准不作任何妥协,就只能迫使法院就附带民事诉讼问题作出判决,其民事赔偿的实现也会因此变得遥遥无期。相反,如果作出一些适当的妥协,降低本方的赔偿要求,法院就有可能说服被告方与被害方达成赔偿协议,民事赔偿问题也就不难得到解决了。更何况,这种民事赔偿协议的达成,往往会促使被告方在刑事判决形成之前给予赔偿到位,使法院不再受“执行难”的困扰,被害方的赔偿要求也就得到顺利实现了。与此同时,通过接受调解协议,被害方一般会得到较为满意的赔偿结果。相对于法院通过判决所给出的赔偿而言,这种调解结案的赔偿在数额和标准上会有程度不同的提高。当然,法院在调解过程中通常会动员被告人作出认罪悔过,甚至向被害方赔礼道歉和真诚谢罪。这些工作往往会减弱被害方的抵触情绪,促使其成功地接受法院的调解方案,并对法院即将作出的从轻量刑裁决不再持有异议。<sup>[32]</sup>

对于被告人来说,“先民后刑”模式为其提供了一种激励机制:如果积极履行民事赔偿义务,就可以获得从轻量刑的机会,这种量刑上的“优惠”带有某种奖励的效果;如果没有对被害方作出足额的经济赔偿,法院就不会做出从轻量刑,甚至有可能从重科处刑罚,这种量刑上的“从严”其实带有明显的惩罚效果。通常情况下,被告人及其近亲属,会认真权衡利弊得失,对附带民事赔偿问题采取程度不同的积极态度。考虑到中国刑法所确立的量刑幅度一般都较大,“从轻量刑”意味着法院可以在量刑幅度的中间点直至最低刑之间选择一个适当的刑罚,这对被告人无疑是有吸引力的。除此以外,在以下三种情形下,“从轻量刑”的结果还会使被告人受到实质上的“宽大处理”:一是在可能判处三年以下有期徒刑刑罚的案件中,法院适用缓刑、免刑以及其他非监禁刑;二是在可能判处死刑的案件中,法院改判死刑缓期两年执行甚至无期徒刑;三是在法定最低刑为三年有期徒刑的案件中,法院按照最低刑罚幅度量刑,甚至适用缓刑。以上三种幅度较大的“从轻量刑”,一般会极大地激发被告方的民事赔偿热情,促使他们为寻求最佳的量刑结果而采取各种主动履行赔偿义务的举动。<sup>[33]</sup>在传统的“先刑后民”机制中经常出现的百般推诿、转移财产、抗拒执行的情况不见了,取而代之的是竭尽全力地筹措资金、求亲告友地借贷举债以及不惜一切代价地满足被害方的赔偿要求。有些被告人即便本身确实没有赔偿能力,也会动员其近亲属想方设法地提供赔偿。而本来按照现行民事诉讼法的规定,有些近亲属根本不承

[32] 前引[19],李飞文。

[33] 参见潘勤毅:《东莞:符合三条件,民事赔偿可作量刑参考》,《广州日报》2007年2月27日。

担“法定”的民事赔偿义务，不具有民事被告的“主体资格”。但他们为了帮助被告人获得一个相对理想的量刑结果，仍然参与到提供民事赔偿的行列之中。<sup>〔34〕</sup>这样，刑事法官在附带民事调解中就占据了主动地位，调解协议的达成也变得相对容易多了。

对于法院而言，通过将民事赔偿与从轻量刑紧密联系在一起，有效破解了被告方与被害方过去相持不下的僵局，激发了他们达成民事赔偿协议的积极性。法院不必做任何实质性的制度改革，就可以达到较为理想的诉讼效果，有效规避了原有附带民事诉讼模式所带来的重重风险。<sup>〔35〕</sup>与判决结案的方式相比，调解结案具有以下几个明显的优势：首先，被害方一旦与被告方达成赔偿协议，一般会心甘情愿地接受这种赔偿标准，而不再质疑赔偿标准的合理性，这可以避免诸如“精神损害赔偿”、“死亡赔偿金”、“伤残赔偿金”等目前无法解决的难题；其次，被告方一旦接受民事赔偿协议，通常会积极履行这一赔偿协议，使得被害人及时获得相对满意的经济赔偿，这在很大程度上避开了法院的判决结案方式，从而使“执行难”问题得以规避；再次，对于法院而言，通过促使双方达成赔偿协议，被告人的赔偿能力问题就不需要进行专门调查了，令人感到困扰的财产保全、先予执行等保障性措施也不再构成制度上的障碍。可以说，通过将民事赔偿转换成“从轻量刑的情节”，法院可以从附带民事诉讼的困境中脱离出来，既保全了司法机关的体面和尊严，也在附带民事诉讼中赢得了较大的主动权。

## （二）“先民后刑”模式的正当性问题

按照“先民后刑”模式解决刑事附带民事判决“执行难”的问题，尽管在司法实践中取得了一定的积极效果，却在理论的正当性上引起了争议。在支持者看来，通过采取民事赔偿折抵刑事处罚的做法，使被害人在法院作出刑事判决之前获得了经济赔偿，这可以最大限度地减少被害人的损失，使其不仅在经济上获得相对满意的赔偿数额，而且还得到不同程度的精神抚慰，从而减轻了犯罪所造成的社会危害程度。<sup>〔36〕</sup>同时，被告人存在认罪悔过、赔礼道歉的行为，一般是法院从轻量刑的前提条件，而被告人积极赔偿被害人的经济损失，这本身也属于认罪悔过、弥补犯罪后果的重要表现。不仅如此，法院通过调解，促使被告人在刑事判决宣告之前达成赔偿协议，履行了赔偿义务，使那些陷入困境的被害人减轻了身心创伤，避免了矛盾的进一步激化，使得那些为犯罪所破坏的社会关系得到及时的修复。<sup>〔37〕</sup>这些积极效果无论如何都足以构成法院从轻量刑的充足理由。

在一些法官看来，“先民后刑”是在司法实践中由“大量附带民事案件被迫中止执行的窘境所激起的变革”。从根本上说，“先民后刑”模式促进了被害方与被告方矛盾的化解和关系的和谐，这显示出被告人的认罪悔过、赔礼道歉、真诚悔罪以及民事赔偿，已经带来了犯罪危害程度的明显降低。对这种承担民事赔偿义务的被告人作出从轻量刑，在理论的正当性上是无可厚非的。<sup>〔38〕</sup>

对于“先民后刑”模式，特别是对于法院将民事赔偿作为从轻量刑的理由的做法，反对者将其讥讽为“赔钱减刑”和“以钱赎刑”，认为这与中国古代的“议罪银”制度有相似的地方。这种裁判方式破坏了“法律面前人人平等”的原则，使得两个可能犯有同样罪行的被告人，仅仅因为经济能力和赔偿效果的不同而受到不适当的差别对待，特别是两个犯有同样严重罪行的被告人，仅仅因为是否赔偿被害人经济损失问题，而分别受到死刑立即执行和死刑缓期执行的判决，

〔34〕 参见刘岚等：《法庭里的春天——一起刑事附带民事赔偿案调查手记》，《人民法院报》2004年4月15日。

〔35〕 前引〔19〕，李飞文。

〔36〕 参见李洪江：《刑事附带民事诉讼若干争议问题研究》，《法制资讯》2008年2月29日。

〔37〕 参见邵世星：《贯彻宽严相济刑事政策应注意民事责任的承担》，《检察日报》2008年5月30日。

〔38〕 前引〔33〕，潘勤毅文。

或者受到死刑和非死刑的判决。这无论如何都背离了基本的司法正义准则。<sup>〔39〕</sup>反对者指出,将民事赔偿折抵刑事处罚的做法,使得赔偿金变成“买命钱”,造成大量富有的被告人因为赔偿而受到从轻发落甚至被判处非监禁刑,这会导致犯罪行为受到纵容,甚至助长犯罪者的“嚣张气焰”。反对者还指出,在刑法规定的“可以从轻处罚”的法定情节中,根本没有“赔偿被害人损失”一项。同时,依据刑事诉讼法的相关规定,赔偿被害人因犯罪行为所遭受的经济损失,是被告人应尽的法定义务。既然是“法定义务”,就应当无条件地履行,又怎么能把它当成获得从轻处罚的“筹码”呢?刑事附带民事诉讼的司法准则应当是“刑事的归刑事,民事的归民事”,两者不可混为一谈,更不能把民事赔偿作为刑事量刑的依据。因此,即便是把“赔偿被害人损失”作为法官自由裁量范围内的“从轻处罚情节”,也未免“自由”得过分了。<sup>〔40〕</sup>

对“先民后刑”模式持反对观点的人士还认为,法院采取“先民后刑”模式的初衷或许是好的,旨在防止刑事附带民事判决成为“法律白条”,维护被害人利益。但是,防止刑事附带民事判决沦为“法律白条”,当务之急不是搞“赔偿从轻”,而是应加大附带民事判决的“执行力度”。很多案例都显示,如果法院不作出从轻量刑的承诺,被告人及其近亲属大都表示“无钱可赔”甚至“有赔偿能力也不赔偿”。而在法院作出从轻量刑的承诺并存在对其他被告人量刑优惠的做法以后,被告方则会作出同意赔偿的意思表示,并想尽一切办法履行赔偿义务,甚至对被害方提出的高额赔偿要求,也尽可能地予以满足。<sup>〔41〕</sup>这显然说明,法院对附带民事判决的执行是存在问题的,这种执行方式以及诉讼保全方式还是有改进空间的。不仅如此,也有些人士认为,鉴于以民事赔偿折抵刑事处罚的做法存在太多的问题,这种“先民后刑”的模式作为权宜之计,或许是可以接受的,但从长远来看,解决附带民事赔偿问题的出路,应当是建立国家补偿制度。目前各地司法机关试行的“被害人司法救助制度”就是这种国家补偿制度的一种有益探索。对于被告人无力赔偿或者拒绝承担赔偿责任的案件,法院应当为被害人提供尽可能多的国家赔偿。<sup>〔42〕</sup>

面对“先民后刑”模式在理论正当性上所面临的争议,笔者不想简单地作出孰是孰非的判断。其实,一种制度、实践或者改革方案的正当性,一般可以从两个角度加以评判:一是内在的正当性,也就是是否符合某种价值理念和法律原则;二是外在的有用性,亦即是否达到了某种积极的社会效果。很显然,在后一方面,“先民后刑”模式确实具有为传统的“先刑后民”模式所不及的优势。无论是被告人的认罪悔过、真诚悔罪,被害方获得的赔偿和抚慰,被害方与被告方矛盾的化解和关系的修复,还是当事人对上诉、申诉和上访方式的放弃,法院办案压力的缓解,司法公信力的提升等,都无一不显示出“先民后刑”模式所带来的“各方利益兼得”的效果。在这种满足各方诉讼利益的积极效果方面,中国司法实践中采取的这种“先民后刑”模式,简直可以与美国的辩诉交易制度相提并论。<sup>〔43〕</sup>

然而,在内在正当性问题上,“先民后刑”模式的确面临着理论上的争议。迄今为止,民事赔偿为什么具有“折抵”刑事处罚的效力,这一问题“先民后刑”模式的支持者们所必须回答的。毕竟,刑事附带民事诉讼属于一种复合型的诉讼形态,其发生的逻辑前提是同一个犯罪行为带来了社会危害性和私人侵权性这一双重实体后果,也由此引发了刑事公诉和民事侵权之诉的双重诉讼结果。但是,刑事公诉与民事诉讼毕竟属于相对独立的两种诉讼形态,前者所要解决的是定罪量刑问题,旨在确定被告人的刑事责任,而后者则重在解决被告人的民事赔偿问题。从本来

〔39〕 参见卫宏战、刘静:《刑事附带民事案件调解对量刑的影响》,《人民法院报》2008年9月10日。

〔40〕 参见前引〔23〕,李国民文。

〔41〕 同上文。

〔42〕 前引〔15〕,谈佳隆文。

〔43〕 对于中国刑事和解与美国辩诉交易的比较分析,可参见陈瑞华:《刑事诉讼的中国模式》,法律出版社2008年版,第二章。

的意义上说,定罪量刑是国家对犯罪之社会危害后果的一种反应,而民事赔偿则是国家对犯罪之民事侵权后果的一种反应。被告人对其所造成的民事侵权后果的赔偿,并不足以折抵其刑事责任,正如法院对被告人所作的定罪判刑结果,也并不足以折抵被告人的民事赔偿义务一样。从这一角度来看,一些人士所主张的“刑事的归刑事,民事的归民事”,确实是有一定道理的。

那么,“先民后刑”模式难道就没有任何内在正当性了吗?答案也是否定的。民事侵权之诉与刑事公诉尽管具有相对的独立性,但两者毕竟是有着密切联系的,它们都来源于同一个犯罪行为,也一般都要通过同一场诉讼过程来确定犯罪和侵权的事实。考虑到被告人的认罪悔过、自首、立功等都可以成为法院从轻量刑的情节,而被告人在附带民事诉讼过程中的积极赔偿行为,作为一种体现被告人认罪悔过、弥补犯罪过失的举动,就很难不被视为一种“从轻量刑情节”;又考虑到民事赔偿可以减少被害人的损失,减轻被害人及其近亲属的身心创伤,化解双方的矛盾,促进社会的和谐,这又不能不被视为被告人通过赔偿减少犯罪危害程度的表现,也体现了被告人愿意回归社会、避免重新犯罪的意思表示。不仅如此,在司法实践中,被告人主动退还赃款赃物的行为,则被视为一种无可争议的“酌定从轻情节”。这种退还赃款赃物的行为与赔偿被害人经济损失的行为相比,除了所退还、赔偿的对象有所不同以外,其性质有什么本质区别呢?很显然,被告人履行民事赔偿义务的行为,在很大程度上属于社会危害程度降低、认罪悔过的表现,具有从轻处罚的刑法基础。这充分显示出在民事侵权之诉附属于刑事公诉的制度背景下,两种诉讼不可能具有完全的独立性,而势必会发生密切的联系。民事赔偿行为可以转化为法院从轻量刑的理由,这也就具有内在的正当性了。

至于“法律面前人人平等”问题,笔者认为只要具备充分的理由,适当的差别对待也是不成问题的。事实上,“犯有同样罪行”的被告人受到差别对待的情况,又何止会在民事赔偿问题上发生呢?两个同样的被告人因为贫富不均,而分别委托了水平相差极大的辩护律师,结果造成一个被告人的辩护效果大大超过另一个被告人;一个被告人因为贫穷而无力支付取保候审的保证金,而不得不处于未决羁押状态,而另一个涉嫌犯有同样犯罪行为的被告人,则因为家境富裕而支付了保证金,从而获得了取保候审……这种差别对待在几乎所有国家的刑事诉讼中都普遍地存在着,迄今还没有任何一个国家能够彻底消除这种“差别对待”。就民事赔偿问题而言,提供民事赔偿的被告人与没有提供民事赔偿的被告人能否在量刑上受到差别对待,这是不可一概而论的。具体而言,假如一个被告人积极地履行了民事赔偿义务,而另一个具有赔偿能力的被告人却拒绝履行这一义务,我们当然可以认为前者所造成的社会危害程度有所降低,被告人具有悔罪的表现,而后一被告人则不存在这些情节,法院对前者予以从轻量刑,这也是具有正当性的。不仅如此,法院甚至可以对后一被告人采取从重量刑,以示对其拒绝履行赔偿义务的惩罚。但是,假如某一被告人的确没有民事赔偿能力,而且经过求亲告友、多方借贷也无力赔偿被告人的经济损失,而另一被告人则积极地履行了赔偿义务,法院对前者固然不应从重量刑,但为什么不可以对后者从轻量刑呢?因为这种从轻量刑在更大程度上带有奖励赔偿者的意味。

以上对“先民后刑”模式所作的带有辩解意味的评论,并不是要强调这一模式是完美无缺的,而是要指出在这一模式的内在正当性问题上,的确存在着一定的理论争议,而且也可以从不同角度作出评价。而在内在正当性方面存在争议的情况下,我们可以更为关注“先民后刑”模式的社会效果问题。如果这一模式对于解决现行刑事附带民事诉讼制度的主要问题都是有积极成效的,那么,我们不妨权且接受这一模式,并对其运行效果做长期的、深入的观察。将来,如果我们可以找到一种在内在正当性上具有更大优势的新机制,并且能够证明这种新机制对于解决附带民事诉讼问题具有更好的效果,那么,这种基于现实考虑而采取的实用性较强的程序模式也就有寿终正寝的可能了。

## 五、结 论

通过前面的讨论,笔者对中国刑事附带民事诉讼的三种程序模式进行了初步的研究,分析了各种模式的理论根基和制度安排,并从理论正当性和实施效果的角度对这三种模式作出了反思性评价。对于这三种模式究竟孰优孰劣,笔者并没有给出自己的倾向性意见。从研究方法上看,本文的分析没有遵循那种以“发现问题”、“分析问题”和“解决问题”为宗旨的对策法学思路,而是站在观察者和评论者的立场,对三种程序模式进行尽可能客观的理论论证和反思。

“先刑后民”的模式代表了一种传统的附带民事诉讼模式,这一模式不仅为现行刑事诉讼法所确立,而且被绝大多数法院采纳为解决民事赔偿问题的程序。但是,由于法院普遍存在着附带民事诉讼“调解难”和附带民事判决“执行难”的问题,被害人往往会因为无法获得满意的民事赔偿,而走上申诉、上访之路,法院因此面临极大的政治压力和社会压力,因此,这一传统的附带民事诉讼模式越来越受到司法实务界的批评。而这一模式在实体上所存在的赔偿范围过于狭窄、赔偿标准过于低下的问题,也使得附带民事诉讼越来越脱离民事侵权法的一般归责原则,造成普遍的民事非正义问题。

鉴于“先刑后民”模式不仅在理论正当性上面临非议,而且在实施效果上也出现了严重的危机,两种旨在替代这一模式的程序设计逐渐浮出水面,这就是作为理想改革方案的“刑民分离”模式与司法实务界探索出来的“先民后刑”模式。前者是法学界和部分司法人员基于理论正当性的考虑所提出的超前性改革措施,后者则是司法机关基于现实主义的立场采取的自生自发的改革措施。拟议中的“刑民分离”模式可以更为充分地保障被害人的民事诉权,体现程序正义的要求,也可以使附带民事赔偿真正贯彻民事侵权法的归责原则,从而贯彻民事实体正义的基本理念。然而,在中国现行司法体制不发生实质性变化的情况下,这一理想模式究竟能否有效地帮助法院走出现行附带民事诉讼制度的困境,这却是令人产生困惑的一个问题。从实施效果上看,“先民后刑”模式大大促进了附带民事诉讼调解率的提高,有效规避了判决结案方式所带来的“执行难”问题,取得了令诉讼各方都较为满意的效果。但在理论正当性上,这一模式却面临着一定的挑战。

本文所分析的三种程序模式代表了中国许多法律制度在实施中普遍面临的困境:一是如果继续实施现行的制度,那么该制度的实施效果会存在一系列不如人意之处,而且在理论的正当性上也会面临越来越多的挑战;二是一些学者和司法人员根据西方国家的法制经验和理性原则,提出了明显超前的改革思路,试图“一揽子”解决中国法律制度中存在的问题,并确立一种“符合原则和原理”的理想制度;三是司法实务界通过自生自发的改革探索,试图寻找那种实施效果更好、也更有利于解决问题的制度模式,但这种带有实用主义色彩的制度,却容易遭遇理论正当性方面的质疑。

然而,一种能够有效解决问题的改革方案不一定具有理论上的正当性,而那种在理论上显得完美无暇的改革思路,则未必能够产生积极的法律实施效果。附带民事诉讼制度三种模式并存的现实表明,在推进法律制度的改革方面,我们既要重视那些根据法律理念所推导出来的理想改革方案,也不要忽略司法机关自生自发地创造出来的改革经验。

长期以来,中国法学界总是习惯于从西方国家的法制经验中寻找改革的灵感和资源。人们在研究一些法律问题时也总是将“是否符合原则”、“有无违背原理”等作为思考的出发点。这固然是不错的,却往往忽略了司法实务界自生自发地发展法律制度的能力。近年来,一些基层司法机关面对大量法律制度实施效果不尽如人意的现实,作出了一系列制度改革的尝试。这些改革尝试尽管可能在理论正当性上存在一定的问题,也未必符合刑事法治发展的一般规律,但对探索一条

中国特色的刑事法治之路有着重要的参考价值。例如，一些检察机关推行了“量刑建议制度”改革，一些法院推行了“独立的量刑听证程序”改革，越来越多的法院尝试在少年案件中引入社会调查报告、社会工作者出庭作证等制度。本文所分析的“先民后刑”的程序模式，也是这种改革尝试的有机组成部分。对于这些自生自发的改革经验，法学界应当抛弃泛道德主义的态度，站在社会科学的立场，客观地分析其产生的原因及其社会效果，从中发现中国法制的发展规律。这一点或许是研究刑事附带民事诉讼三种模式给我们带来的重要启示。

---

---

**Abstract:** China's current incidental civil action system is founded upon the basis that criminal liability has precedence over civil one, so the procedure model can be characterized as "criminal liability first, and then civil liability". However, due to "the conciliation difficulties" and "the executive difficulties" in incidental civil action and its civil judgment, the victims always embark on the road of complaints and petitions, for they often cannot obtain satisfactory civil compensation. Additionally, the substantive defects of this model, such as its compensation scope is too narrow and its compensation standard is too low, also makes incidental civil action grow out of the general imputation principles of tort law, resulting in the widespread civil injustice.

As the model of "criminal liability first, and then civil liability" faces not only the criticism of its legitimacy in theory, but also a serious crisis in its implementation effects, two programs have taken sharp to substitute this model, that is, the model of "separating criminal and civil liabilities", which was adopted as an ideal reform program, and the model of "civil liability first, and then criminal liability", which was created by judicial practice. The former is an advanced reform measure, which was raised on theoretical considerations by jurists and some judicial officials, while the latter is a spontaneous self-reform measure. The proposed "separation model" can not only fully protect the victims' civil rights of appeal, reflecting the requirements of procedural justice, but also make the incidental civil compensation truly comply with the general imputation principles of tort law. However, if there is no substantial change in China's current judicial system, it may be a confusing problem whether this ideal model can effectively help the court out of the existing predicament. The model of "civil liability first, and then criminal liability" will greatly promote the mediation rates of incidental civil action, and effectively circumvent "the executive difficulties" brought by sentencing, and then satisfy all the parties of the proceedings. However, this model faces certain challenges in theory.

The coexistence of the three models of incidental civil action shows that, in promoting the reform of legal system, we should not only pay attention to those ideal reform programs derived from the legal concepts and principles, but also not lose sight of the reform experiences spontaneously created by judiciary themselves.

**Keyword:** incidental civil action, "criminal liability first, and then civil liability", "separating criminal and civil liabilities", "civil liability first, and then criminal liability"

---

---