

doi: 12 3969/j issn 1672-0598 2009. 06. 021

论自诉担当*

兰跃军

(重庆工商大学 法学院, 重庆 400067)

[摘要] 自诉担当作为国家公权力协助被害人私权利的一种基本形式,对于保障被害人自诉权的有效行使,正确处理国家公诉权与被害人自诉权的关系,以实现刑事自诉制度的宗旨具有重要价值。俄罗斯及我国台湾地区刑法都明确规定了这一制度。我国增设这一制度具有充分的理论和实践根据,应当借鉴域外的先进做法,构建适合我国国情的自诉担当制度,加强自诉案件被害人人权保障。

[关键词] 自诉担当; 被害人; 自诉权; 刑事诉讼

[中图分类号] D925 [文献标志码] A [文章编号] 1672-0598(2009)06-0115-06

一、自诉担当的界定

自诉担当是指当被害人由于自身原因无法有效行使自诉权,从而导致自诉机制出现障碍时,由检察机关代理被害人提起自诉,或者介入到已经开始的自诉程序中代理被害人为诉讼行为以支持控诉的一项诉讼制度。作为国家公权力协助被害人私权利的一种基本形式,它对于保障被害人自诉权的有效行使,正确处理国家公诉权与被害人自诉权的关系,以实现刑事自诉制度的宗旨具有重要价值。俄罗斯及我国台湾地区刑法都明确规定了这一制度。

根据2002年新《俄罗斯刑诉法典》第147条、第318条、第321条和第323条规定,如果被害人由于孤立无援或其他原因不能维护自己的权利和合法权益,检察长在被害人不举报的情况下有权提起刑事案件。但这种情况属于“自诉刑事案件的提起”,案件由和解法官按照该法第十一篇规定的和解法官审理案件的程序进行审判,检察长亲自或指定其他国家公诉人作为自诉人出庭支持指控。并且检察长介入刑事案件不剥夺控辩双方和解的权利。检察长对和解法官作出的裁判不服,有权依

法提起抗诉。由此可见,俄罗斯刑诉法典所规定的这种自诉担当制度发生在自诉启动前,自诉担当必须同时符合两个条件:一是被害人由于孤立无援或其他原因不能维护自己的权利和合法权益;二是被害人没有行使告诉权。自诉担当的效力是检察长代理被害人提起自诉,并作为自诉人出庭支持指控。但被害人与被告人仍然有权自行和解。

根据我国台湾地区“刑法”第322条规定,自诉人在法庭辩论终结前丧失行为能力或死亡的,其法定代理人、直系血亲或配偶有权在一个月内向法院申请承受诉讼;如果没有承受诉讼的人或者逾期不承受诉讼,法院应当分别情形,径行判决或通知检察官担当诉讼。至于法院何时应当通知检察官担当自诉,法律没有明确。根据台湾地区学者的观点,“关键在于案件是否已经澄清至可以判决之阶段,若是,自可径行判决,若否,则应当由检察官担当诉讼,继续协助案件之澄清,及至可为判决之程度为止。”^{[1][13]}

台湾地区学者对自诉担当制度进行过详细研究,并且在实务中形成了许多通说,主要包括:第一、自诉担当的性质:台湾通说及实务认为,自诉担

* [收稿日期] 2009-06-18

[作者简介] 兰跃军(1970-),男,湖南东安人,重庆工商大学法学院,副教授,西南政法大学法学院,博士研究生,重庆市大渡口区人民检察院咨询专家,主要从事刑事訴訟法、证据法研究。

当仅由检察官担当自诉人在自诉程序上为诉讼行为而已,自诉并不因检察官之担当而改变其性质为公诉。因此,检察官并不因而取得当事人地位,原自诉人也不因检察官之担当而丧失其当事人地位。第二、自诉担当的原因:只有“刑事诉讼法”第 322 条规定的一种,即自诉人在法庭辩论终结前丧失行为能力或死亡,在一个月之内没有人向法院申请承受诉讼,或者自诉人有法定代理人、直系血亲或配偶但是逾期不承受诉讼。也就是说,自诉担当是自诉承受的一种救济措施,担当原因发生后,只有在没有自诉承受,并且案件事实又没有澄清,法院还无法径行判决的情况下,才能进行自诉担当。第三、自诉担当的程序:担当原因发生后,由法院通知检察官担当自诉,并由检察官担当自诉人在自诉程序上实施原自诉人有权实施的诉讼行为,以推进诉讼进程,协助法院查清案件事实。担当自诉的原因消灭后而诉讼尚未终结时,如果原自诉人恢复了诉讼行为能力,他仍然可以以自诉人身份参加诉讼,而检察官应当退出诉讼。第四、自诉担当的效果:担当自诉后,案件仍然按照自诉程序进行处理,检察官不取代原自诉人成为当事人,诉讼结果由原自诉人承担。自诉案件的判决书应当送达给原自诉人,原自诉人不服可以当事人身份提起上诉,而检察官只能按照该法第 347 条规定本于检察官的地位独立上诉。^{[1]130-131}

从俄罗斯和我国台湾地区法律规定来看,自诉担当包括以下五个方面内涵:(1)自诉担当既可能发生在自诉启动前,也可能发生在自诉启动后。检察长或检察官担当自诉的方式包括代理被害人(狭义上的自诉人,包括被害人及其法定代理人、近亲属,下同)提起自诉和在自诉过程中代理被害人为诉讼行为以支持控诉两种。(2)自诉担当的主要原因是被害人由于自身原因无法有效行使自诉权,从而导致自诉机制出现障碍,一般无须考量案件是否存在公共利益。因此,自诉担当主要是为了保证被害人自诉权得到有效行使,充分保障被害人人权,体现了国家公权力对被害人私权利的支持和扶助。(3)自诉担当是一种“不得已之恶”,只能在不得已的情况下才能实施,即“只有当被害人欲告不能,无法继续进行诉讼时,人民检察院方能

担当自诉。这体现了国家公权力对被害人自诉权的尊重,以及自诉权本身具有的相当程度的“排他性”。(4)自诉担当既不改变原来的诉讼法律关系性质,也不改变原来的诉讼程序性质,只是将检察官增加为“担当自诉人”,代理被害人实施诉讼行为,承担控诉职能,被害人始终是自诉权的主体,他们可以随时重返诉讼程序来行使或处分自诉权,包括与被告人和解。这就要求检察官必须以被害人作为自诉权的“本人”,按照被害人的意愿来为诉讼行为以支持控诉,而不是以国家公诉人身份参加公诉。按照我国台湾地区学者陈朴生教授的理解,“担当诉讼,乃诉讼之担当;详言之,即由检察官担当自诉人在自诉程序上为诉讼行为,既非基于自诉人之委托;且其担当关系之存在,以有担当原因之存在为前提,乃具有法定代理之另一形态。”^[2]

(5)自诉担当的法律后果由被害人承担,被害人对法官裁判不服,有权上诉;同时,自诉担当又赋予检察官一定诉讼参与权,为检察官履行审判监督职能创造了条件。检察官认为法官裁判违法或不当,无论是否有利于被告人,都有权以检察官身份独立提起上诉,以监督法官,避免法官恣意裁判。从这个意义上说,自诉担当实际上为被害人权利提供了双重保障。

二、我国增设自诉担当制度的理论与实践根据

(一)国家尊重和保障人权的宪法原则

我国《宪法》第 33 条第三款规定了“国家尊重和保障人权”原则。它明确了国家权力的基本义务——国家的人权义务,可分为以下四类:一是尊重的义务,是指国家避免和自我克制对个人自由的侵害的义务;二是保护的义务,是指国家防止和阻止他人对个人权利侵害的义务;三是满足或确保的义务,是指国家满足个人通过努力也不能实现的个人所需、希求和愿望的义务;四是促进的义务,是指国家为在整体上促进上述人权而应采取一定措施的义务。这些义务在性质上并不互相排斥,各种人权义务尽管程度上存在差异,但都是权利的一个侧面,而国家负有针对这些侧面采取措施的全面性义务。^[3]自诉权作为国家控诉权的重要补充,是个

人或单位在受到犯罪侵害后而产生的一种司法保护请求权。它是保障被害人生命权、平等权、自由权、安全权、财产权等基本人权的一种程序性权利,属于基本人权的范畴。^[4]因此,当被害人由于自身原因而无法有效行使自诉权,致使自诉机制出现障碍时,国家应当无条件履行其人权义务,及时采取一定措施予以满足、确保或促进,以帮助被害人有效实现自诉权,防止被害人再次被害。自诉担当就是域外为应对此种情况而采取的措施之一。我国正在建设社会主义法治国家,国家要履行《宪法》所规定的人权义务,应当借鉴域外的先进做法,增设自诉担当制度来实现对被害人自诉权的援助。

(二)控辩平等对抗的刑事诉讼基本理念

现代刑事诉讼的基本理念和要求是控审分离、控辩平等对抗和审判中立。^[5]但人们在谈到控辩平等对抗时,往往仅指公诉案件中检察机关与被告人之间对抗,强调处于劣势地位的被告人的权利保障,而忽视了自诉案件中控、辩双方,即被害人与被告人之间的对抗,尤其是处于更加弱势地位的被害人的人权保障,这显然是一种偏颇。在自诉案件中,被告人通常不会被采取强制措施,人身处于完全自由的状态;有的被告人还可能由于其对被害人实施的加害行为获得某种利益,处于明显的优势地位。而被害人在犯罪被害后,其诉讼行为能力下降,许多被害人还部分或完全丧失行为能力,甚至死亡。自诉案件的预设前提之一是被害人作为原告完全可以依靠其个人力量来承担举证责任和控诉职能。在自诉过程中,如果被害人丧失行为能力或者死亡,又缺乏其他适格当事人来承受诉讼,按照《刑事诉讼法》规定,人民法院既不能缺席判决又不能终止诉讼。按照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》(下文简称为《高法解释》)第 181 条规定,人民法院虽然可以暂时中止审理,但案件最终还得恢复审理,直至作出判决。在法庭恢复审理时,如果没有人作为担当自诉人代理被害人为诉讼行为以支持控诉,控辩平等对抗就无从谈起,法庭审判也无法进行。因此,这种情况下客观上要求人民检察院作为一种特殊

的“法定代理人”代理被害人参加诉讼,承担控诉职能,在维护被害人合法权益的同时,维护国家法律的统一、正确实施。

(三)司法实践中被害人伤害情况的可变性和法律规定的不完善

在司法实践中,犯罪对被害人造成的伤害可能存在多种情况,产生各种障碍,包括:(1)被害人死亡或者丧失行为能力不能告诉;(2)被害人有行为能力,但受到强制、威吓无法告诉;(3)被害人有行为能力,但由于其他自身原因而无法告诉;(4)被害人起诉时有行为能力,但在诉讼过程中伤害情况加重,导致其丧失行为能力或死亡。在第(2)情况下,根据《刑法》第 98 条规定,人民检察院和被害人的近亲属可以代为告诉。在第(1)情况下,根据《刑事诉讼法》第 88 条和《高法解释》第 187 条规定,被害人的法定代理人、近亲属可以代为告诉。但如果被害人没有法定代理人、近亲属,或者有法定代理人、近亲属但都不愿代为告诉或起诉(如这些法定代理人、近亲属本身就是被告人或与被告人存在某种特殊关系),或者找不到法定代理人、近亲属(如乞丐、流浪汉及身份一时难以查清的流动人口等),以及在第(3)和第(4)种情况下,案件到底如何处理,目前缺乏法律依据。而这些情况在司法实践中又大量存在,各地处理方式不一。从保障被害人个人法益和打击犯罪、维护国家、社会法益,以及维护法律权威性这个角度考虑,这显然是任何法治国家都无法接受的。因此,应当通过立法加以弥补。其中措施之一就是增设自诉担当制度,由检察机关担当自诉人代理被害人提起自诉或在自诉过程中为诉讼行为支持控诉,以推进自诉进程。

三、构建我国自诉担当制度的若干设想

如何构建我国自诉担当制度?学者们提出过各种主张。陈光中教授主持的《刑事诉讼法再修改专家建议稿》(以下简称《建议稿》)第 326 条就增设了“自诉案件的承受与担当”制度,即“自诉人在一审辩论终结前,丧失行为能力或者死亡的,人民法

根据《刑事诉讼法》第 15 条第四、五项规定,“依照刑法告诉才处理的犯罪,没有告诉或者撤回告诉的”和“犯罪嫌疑人、被告人死亡的”,人民法院可以终止诉讼。但被害人丧失行为能力或死亡的,人民法院不能缺席判决或终止诉讼。

院应当中止诉讼并告知其法定代理人、近亲属可以作为自诉人承担诉讼。被害人无法收集证据或者没有能力进行自诉的,可以要求人民法院指定承担法律援助义务的律师代为诉讼。这为我们构建自诉担当制度提供了很好的指导。但是,笔者认为,该规定的操作性问题值得商榷。笔者将在下文分别加以探讨,并提出构建我国自诉担当制度的若干设想。

(一)自诉担当的适用范围

由于自诉担当以被害人因自身原因无法有效行使自诉权,从而导致自诉机制出现障碍为前提,所以,笔者认为,自诉担当主要适用于第一类自诉案件,即告诉才处理的案件。对于第二类自诉案件,即被害人有证据证明的轻微刑事案件,一般认为它在侵犯被害人个人法益的同时,对国家、社会法益也造成较大侵害。因此,1998年“中央六机关”联合发布的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第4条和《高法解释》第1条将它规定为既可公诉也可自诉的案件,赋予被害人程序选择权。如果被害人在起诉时已经受到较重伤害,明显感到自己的诉讼行为能力欠缺,他们一般会选择公诉,放弃自诉;即使是少数选择自诉的人,他们要么难以向法院提供“足够证据”而被驳回,要么是证据不足,或对被告人可能判处3年以上有期徒刑的刑罚,而由法院将案件移送公安机关立案侦查转为公诉。而对于少数已经被人民法院作为自诉案件受理的“犯罪事实清楚,有足够证据的案件”,即使被害人在诉讼过程中丧失行为能力或者死亡,由于案件事实已经澄清,人民法院可以径行判决,一般也无须担当自诉。如果它们在非常特殊情况下出现自诉障碍,笔者认为,由人民法院通知人民检察院或公安机关将自诉转为公诉,更符合该类案件的特点,也更有利于此类案件的处理。对于第三类自诉案件,即公诉转自诉案件,笔者与大多数学者一样,主张废除。然后区别不同情况,建立“强制起诉”制度来为被害人提供救济。^[6]

(二)担当自诉人

《建议稿》规定由人民法院指定承担法律援助义务的律师作为担当自诉人代为诉讼,这有利于实现自诉案件中个人与个人之间的控辩平等对抗,减轻检察机关的负担。但是,它可能产生一系列弊端,主要包括:第一,自诉案件一般认为主要侵犯的是被害人个人法益,被害人与被告人之间通常存在某些特殊关系,许多被害人内心并不想让这种纠纷扩大化,提出自诉往往是一种迫不得已的选择。在被害人无法收集证据或者没有能力进行自诉,而出现自诉机制障碍时,由人民法院指定承担法律援助义务的律师作为担当自诉人代为诉讼,可能难以取得被害人的信任与配合,从而无法实现自诉担当的目的。第二,既然被害人自己(有时还委托诉讼代理人)都无法收集证据,如果缺乏国家公权力介入,仅仅由承担法律援助义务的律师去收集证据,来履行控诉职能,承担举证责任,恐怕也很难完成任务。也许正是这些原因,尽管我国台湾地区刑事诉讼法规定,自诉实行律师强制代理制度,但一旦出现担当自诉的原因后,还是由法院通知检察官担当自诉。俄罗斯刑事诉讼法也规定由检察长代理被害人提起自诉。

在我国,宪法明确规定人民检察院是国家专门的法律监督机关,负有维护国家法律统一正确实施的职责,是履行国家人权义务的主要机关之一。我国《刑事诉讼法》也明确规定了检察监督原则,人民检察院有监督刑事诉讼依法进行的权力与责任。《刑事诉讼法》第77条第二款规定,如果是国家、集体财产遭受犯罪行为损害的,人民检察院在提起公诉时,可以提起附带民事诉讼。近年来,学界和实务界在讨论我国检察制度改革时,许多学者都提出建立人民检察院提起民事和行政公益诉讼制度。因此,笔者认为,我国增设自诉担当制度,为了真正实现援助被害人的目的,应当借鉴台湾地区和俄罗斯的做法,由人民检察院作为担当自诉人更加适宜。

典型事例如我国刑事诉讼法规定的指定辩护制度,虽然法律规定由人民法院指定辩护人协助被告人行使辩护权,但在司法实践中,法院指定的辩护人往往难以取得被告人的信任与合作,导致指定辩护目的根本无法实现。详细分析参见兰耀军:《德国德选择辩护人制度及借鉴》,载《法学评论》2004年第6期。

参见我国台湾地区“刑事诉讼法”第319条第二款。

这样,既可以实现国家公权力对被害人自诉权的支持与扶助,又可以将检察监督原则具体化,增加人民检察院在自诉案件中的参与权,为自诉案件被害人人权提供双重保障。

(三)自诉担当的原因

《建议稿》将自诉承受与自诉担当在同一个条文中以前后两款作了规定,但原因完全不同。自诉承受的原因是“自诉人在一审辩论终结前,丧失行为能力或者死亡”,而自诉担当的原因是“被害人无法收集证据或者没有能力进行自诉”。这不仅说明双方不存在救济关系,而且各自规定也不完善。主要表现在:首先,“被害人无法收集证据或者没有能力进行自诉”既可能由被害人自身原因造成,如被害人丧失行为能力或者死亡等,也可能由某些外在原因造成,如被害人受到强制、威吓,或者在生活上依赖于被告人、在工作上从属于被告人等。如果是后者,就可能严重危及社会公共利益,只有将自诉转为公诉才能有效解决。其次,一旦出现“被害人无法收集证据或者没有能力进行自诉”,《建议稿》没有明确规定该条的适用范围,如果属于第二类自诉案件,被害人可以选择公诉,或者由人民法院在受理时就移送公安机关立案侦查,自诉根本无法启动,无须担当自诉。如果属于第三类自诉案件,由于缺乏“足够证据”不会被法院受理,公诉转自诉不成功,也不存在担当自诉。最后,当自诉承受原因出现后,被害人没有法定代理人、近亲属,或者找不到法定代理人、近亲属,或者其法定代理人、近亲属拒不承受诉讼,人民法院应当如何处理,该款规定也未明确。

笔者认为,我国可以借鉴俄罗斯和我国台湾地区的做法,结合我国《刑法》和《高法解释》所规定的代为告诉制度,按照自诉提起前和自诉过程中两个阶段可能出现的不同情况,以被害人由于自身原因确实无法有效行使自诉权,从而导致自诉机制出现障碍作为自诉承受和自诉担当的原因,并且将两者设置为一种救济关系,增强该制度的可操作性。具体做法是:如果被害人由于孤立无援或其他原因不能行使自诉权来维护自己的权利和合法权益,人民检察院在被害人不告诉的情况下,可以根据有关个人或单位的申请审查决定代为告诉。被害人在

一审辩论终结前,丧失行为能力或者死亡的,人民法院应当中止诉讼并告知其法定代理人、近亲属在一个月内承受诉讼。如果没有承受诉讼的人或者逾期不承受诉讼,人民法院认为案件事实还未查清的,应当通知人民检察院担当诉讼。

(四)自诉担当的性质

关于自诉担当的性质,笔者与大多学者认识一致,认为其本质乃在于代为诉讼,即在不改变案件的自诉性质和被害人自诉人地位的前提下,增加人民检察院为担当自诉人代理被害人为诉讼行为,以提起自诉或推进自诉进程。

(五)自诉担当的效力

担当自诉后,人民检察院不取代被害人成为当事人,诉讼结果仍然由被害人承担。因此,自诉案件的判决书仍应当列被害人为自诉人,并依法向被害人送达。被害人对一审判决不服,有权依法提出上诉。此外,由于被害人作为自诉人始终是自诉权的主体,在担当自诉过程中,被害人恢复诉讼行为能力时,可以随时通知人民法院和人民检察院作为自诉人参加诉讼。这时,人民检察院应当退出诉讼。

由于人民检察院在自诉程序中担当诉讼,人民法院判决书当事人栏除列被害人为自诉人外,还应当并列人民检察院为担当诉讼人。自诉案件的判决书也应当依法送达人民检察院,人民检察院认为一审判决确有错误时,无论是否有利于被告人,均有权依法提起抗诉。

(六)自诉担当的程序

根据自诉担当发生的不同阶段,适用不同的程序。具体是:

1. 在自诉启动以前,如果被害人由于孤立无援或其他原因不能行使自诉权来维护自己的权利和合法权益,人民检察院在被害人不告诉的情况下,可以根据有关个人或单位的申请审查决定代为告诉。这里需要明确两点:一是人民检察院不能依职权主动告诉,只能根据有关个人或单位的申请,经审查发现被害人应当告诉,但由于孤立无援或其他原因不能行使自诉权而没有告诉时,才能代为告诉。并且审查做出代为告诉决定前应当听取被害人的意见。如果被害人不同意告诉,人民检察院原

则上也不应当代为告诉。二是人民检察院代为告诉只是代理被害人提起自诉,以启动审判权。在自诉启动后,是由被害人自行推进诉讼进程,还是由人民检察院担当自诉,或者将自诉转为公诉,需要根据案件具体情况,尤其是被害人的诉讼行为能力来决定,充分尊重被害人的意愿。

2 在自诉过程中,被害人在一审辩论终结前,丧失行为能力或者死亡的,人民法院应当中止诉讼并告知其法定代理人、近亲属在一个月内承受诉讼。如果没有承受诉讼的人或者逾期不承受诉讼,人民法院认为案件事实还未查清的,应当通知人民检察院担当诉讼。这是自诉担当制度适用的主要情形,也需明确两点:一是实行自诉承受前置制度,并且自诉承受与自诉担当的原因完全相同,即被害人在一审辩论终结前丧失行为能力或者死亡。只有在没有承受诉讼的人或者是被害人法定代理人、近亲属但逾期不承受诉讼时,才能启动自诉担当。二是自诉担当原因出现后,人民检察院不能依职权直接从被害人手中担当自诉,而应当经过人民法院审查决定,看案件是否有担当自诉的必要,“避免自诉担当沦为检察机关随意干预自诉的借口”。人民法院经过审查,认为案件事实还未查清,需要人民检察院担当诉讼来协助查清案件事实时,才能决定通知人民检察院担当自诉。人民法院在做出该决定前,应当听取被害人及其法定代理

人、近亲属的意见,尊重被害人的意愿。人民检察院收到人民法院担当自诉通知后,应当在七日内指派检察官作为担当自诉人参加诉讼,恢复自诉程序,必要时还可以进行调查取证。检察官代理被害人为诉讼行为,应当听取被害人及其法定代理人、近亲属的意见,充分尊重他们的意愿。在自诉过程中,检察官作为担当自诉人代理被害人接受调解,或者在宣告判决前,同被告人和解或撤回自诉,都应当取得被害人及其法定代理人、近亲属的同意,尊重他们的处分权。

[参考文献]

- [1] 林钰雄. 刑事诉讼法(下册)[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2005.
- [2] 陈朴生. 刑事诉讼法实务(增订版)[M]. 台北:台湾海天印刷厂有限公司, 1981: 388.
- [3] 大沼保昭. 人权、文明与国家[M]. 台北:三联书店, 2003: 220.
- [4] 郭宗才. 被害人自诉权研究[J]. 犯罪研究, 2005(6).
- [5] 陈光中. 刑事诉讼法学(第二版)[J]. 北京:北京大学、高等教育出版社, 2005: 18.
- [6] 兰耀军. 论刑事诉讼中的“强制起诉”[J]. 法学论坛, 2007(5).

(责任编辑:杨 睿)

A study of private prosecution undertaking

LAN Yue-jun

(School of Law, Chongqing Technology and Business University, Chongqing 400067, China)

Abstract: Private prosecution assumes one kind of basic form assisting the victim private interests right as public authority of a country, exercises to effectively ensure the private prosecution right of victims, rightly handles the relation between national right of prosecution and the private prosecution right of victims, which has important value to realize criminal private prosecution system. Russia and Taiwan area clearly stipulate this lawful system. It has full reason and theoretical and practical basis for China to add this system. China should learn the outside advanced method to construct China's private prosecution undertaking system suitable for China's reality and to protect private prosecution right of the victims and to reinforce the case of private charge victim human rights guarantee

Key words: private prosecution undertaking; victim; private prosecution right; penal proceedings