

免于起诉若干问题研究

王敏远

免于起诉制度的存、改、废是目前争议较大的一个问题,不少法学刊物刊登了有关这方面的文章。本文在比较分析了免于起诉与起诉便宜主义的不同,免于起诉权与审判权的关系,免于起诉制度本身的利弊及各种争议观点的不足的基础上,对免于起诉制度的存、改、废的得失进行了研究,认为免于起诉制度的修改、完善应与我国的刑事法律制度相适应,并提出了修改、完善免于起诉制度的建议和设想。

我国刑事诉讼法第 101 条规定:依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,检察院可以免于起诉。近些年来,由于免于起诉制度在司法实践中遇到了许多问题,引起了学术界对其利弊得失开展了热烈的探讨,并形成了修改完善和废除两种对立的主张。而且,至今仍相持不决。笔者认为,这意味着对与免于起诉制度有关的一些基本问题尚需进一步深入研究。

一、免诉制度与起诉便宜主义

主张免诉制度应予保留的同志认为,我国免诉制度与世界许多国家和地区实行的起诉便宜主义是一致的,因此,符合世界刑诉制度的发展潮流。^①这种观点似有商榷之处。起诉便宜是指:法律赋予检察官对已构成犯罪的被告人,在一定的条件下可以决定不起诉的自由裁量权。起诉便宜主义是与起诉法定主义相对的,后者要求对构成了犯罪的被告人,检察官必须向法院提出起诉。免于起诉则是:检察院对已构成犯罪的被告人,在法律规定的条件下决定不将其送交法院审判,而作出免于起诉的决定。起诉便宜主义与免于起诉确实有形似之处,即检察院对已构成犯罪的被告人不再向法院提出起诉,但两者却有着更为广泛而深刻的差异。其差异表现在:

第一,两者的结果不同。按照起诉便宜主义,检察官对已经构成犯罪的被告人,不向法院提出起诉,其结果是对被告人未作有罪认定;而根据免于起诉决定,虽然也是未将被告人送交法院审判,但其结果却是以对被告人作有罪认定为内容的。这种结果上的差异,显示了两者的性质不同。

第二,两者的宗旨有异。由于实行起诉便宜主义是以不再认定被告人有罪为结果的,

^① 龙宗智,《免于起诉制度应存应改不应废》,《人民检察》1988年第7期。

因此,这与当今世界非刑事化潮流是一致的,或者说,这是非刑事化政策的一种具体表现。而免于起诉由于以认定被告人有罪为其内容,因此,其宗旨并不在非刑事化。笔者以为,其意义主要在于诉讼经济。具体理由本文后面将说明。

第三,两者适用条件的差别。免于起诉与起诉便宜主义在适用条件上至少在两个方面有差异。一是所针对的罪不同。免于起诉的被告人,并不受所犯之罪的限制,刑法总则中规定可以免除刑罚的都可适用,与犯罪的性质并不挂钩。如犯罪较轻的自首分子或者犯罪虽较重、但有立功表现的自首分子,就可以免除刑罚,而并不论自首分子所犯之罪为何种罪。起诉便宜所适用的条件,则与被告人所犯之罪的性质有关。如台湾刑法第61条规定可以免除刑罚(即其刑事诉讼法第253条规定可以由检察官斟酌决定不起诉)的条件,是犯最重本刑为三年以下有期徒刑、拘役或专科罚金之罪,以及其他四种犯罪。又如,联邦德国1965年刑事诉讼法第152条规定的不起诉条件是行为人所犯之罪系轻微罪。二是条件的宽泛度不同。如日本1976年刑事诉讼法第248条规定,由于犯人的性格、年龄、境遇、犯罪的轻重、案情以及犯罪后的情况没有必要提出追诉时,可以不提起公诉。其中的“性格”、“年龄”并不在我国免于起诉的条件之列,而其余的情况也较免诉条件宽泛。

第四,两者所受制约的不同。根据起诉便宜主义决定不对被告人起诉,检察官受到两方面的制约:一方面是法院的制约。如联邦德国刑事诉讼法第153条第2项规定:在轻微罪行的情形下,在有权决定开始审判的法院同意下,检察官可以决定不起诉。另一方面是检察审查会的限制。如日本1973年的检察审查会法第30条、第41条规定,检察审查会可以审查检察官未提起公诉的处理是否妥当,并有权对检察官未提起公诉的案件作出起诉的决议,对此检察官必须执行。而免于起诉并无这种制约。

指出免于起诉制度与起诉便宜主义之间的差异,并不能自然得出其或优或劣的结论,下结论还应根据其在司法实践中的利弊得失的情况。但差异的存在至少说明,免于起诉制度即使应当保留,根据并不在于其与起诉便宜主义一致这点上。当然,也不能反过来说,由于免于起诉制度与起诉便宜主义不同,是中国特有的,因而是应保留的根据。因为,特色本身并不意味着优劣。

另外,指出免诉制度与起诉便宜的差别,也不意味着免诉制度应按照起诉便宜的模式进行修改。因为两者的上述差异只是表象,其后存在着更为深刻的原因。当然,这并不否定起诉便宜或非刑事化方法于我国没有借鉴意义。如对青少年犯轻罪,在我国也可考虑借鉴非刑事化处理等。但这与免诉制度是两回事。

二、免于起诉与审判权的关系

检察院的免于起诉决定权与法院审判权的关系,是免诉制度存废争论中的热点之一。对此,主张废除免诉制度的人认为,检察院的免诉决定,由于包含着最终认定被告人有罪的内容,因此,免诉权实际上分割了按照法律规定只有法院才能行使的对被告人的定罪量刑权;^①由于免诉决定在共同犯罪案件或有附带民事诉讼案件中,制约了法院对案件中未

^① 郝建民、廖荣辉《略析免于起诉制度及其弊端》,《广东法学》1990年第6期。

免诉被告人及附带民事诉讼的审理和判决权,因此,还影响了法院依法享有的独立审判权。^① 检察院的免诉权对法院审判权的这种分割与影响,与刑诉制度的现代历史发展进程,即严格强调起诉权与审判权的分离,明显不符。^②

主张应保留免于起诉制度的人则认为,检察院免于起诉决定中认定被告有罪,与法院的判决中认定被告人有罪,两者有性质上的差异。这种差异一则表现在免诉中认定被告有罪,其目的不再实现刑罚权,这种认定有罪是从属于公诉权的,目的是阻止将被告人交付审判。因此,免诉权并未分割审判权。二则由于根据我国刑事诉讼法的规定,认定被告人有罪的权力并不仅由法院一家独享。笔者认为,揭示免于起诉与审判权的关系,需要澄清以下两个问题:

第一,审判权与免于起诉权的重合点。

审判权与免于起诉权至少有三个重合点。一是在诉讼中都具有最终决定权的含义。当然,这里的“最终”是相对一般诉讼程序而言的。至于特殊的诉讼程序,如申诉程序等不在本题讨论范围。二是都具有定罪的因素。对此因无争议,不再赘述。三是都有斟酌量刑的权力。认定被告人有罪后,应如何确定对其的刑罚,这属于审判权的内容不容置疑。但免于起诉权也包含了这项内容需要说明。正如有的学者所指出的,免于起诉的根据是刑法规定免除刑罚的情况,而刑法关于可以免除刑罚的情况,免除刑罚并不是唯一的量刑结果。^③例如,刑法规定对于预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。显然,免除刑罚只是其中的一种选择。检察院若决定免于起诉,显然也包含有斟酌量刑的权力。

第二,公安机关和检察院在决定撤销案件或不起诉时有无定罪的权力。

有人认为公安机关和检察院在决定撤销案件或不起诉时,同样有认定被告有罪的权力,其根据是刑事诉讼法第11条的规定,以此说明法律并未规定定罪权属法院独享。^④ 这种观点过于勉强。刑事诉讼法第11条规定了六种不予追究刑事责任的情况,并规定,已经追究的,应当撤销案件,或者不起诉,或者宣告无罪。笔者认为,从这条规定中并找不到公安机关和检察院在决定撤销案件或不起诉时有定罪权的根据。一是由于法律规定“不追究刑事责任”,当然应包括不再对其进行刑事诉讼、不再对其定罪、不再对其确定刑罚这三项内容。二是由于刑事诉讼法第11条规定的六种不予追究刑事责任的情况的三种处理方式,即撤销案件、不起诉、宣告无罪,应是因诉讼处于不同阶段而确定的并列的具有相同意义的处理方式。这种处理方式,不仅都意味着刑事诉讼就此终结,而且要求其都具有相同的法律性质,即都是以宣告无罪为其结果。因此,将刑事诉讼法第11条的规定作为检察院免于起诉权中包含有定罪权属正常现象的佐证,不足为凭。

然而,指出法律规定审判权应由法院一家独享,例外仅在于检察院的免于起诉,并不意味着这种例外没有存在的根据,指出免于起诉权确实与审判权有重合,因而与起诉权应和审判权分离的世界性潮流不合,并不能由此简单说明免于起诉制度没有合理的内容。因

① 张社军:《完善的设想不能解决免诉制度自身的缺陷》,《检察研究》1990年第3期。

② 《免于起诉制度探讨(来稿摘登)》,《法学》1990年第10期。

③ 洪道德:《析免于起诉的缺陷》,《法制日报》1989年9月20日

④ 徐益初:《免于起诉制度存废之我见》,《法学研究》1989年第3期。

为例外往往自有其特殊的价值,潮流却常常有不可赶的理由。所以,需要进一步分析免于起诉制度在现实中的利弊得失,才能判断其应存还是应废。

三、免于起诉制度的利弊

关于免于起诉制度在实践中的利与弊,人们说得比较多,但笔者以为,在讨论免诉制度的利与弊时,应以这种制度所特有的利、弊为界限。若超出这个界限,则对探讨免诉制度的存废及修改问题价值不大。

(一)关于免于起诉的利。

第一,免于起诉被认为体现了惩办与宽大相结合的刑事政策,因而有利于对罪犯的教育和改造。细究起来,这种看法尚可考虑。不过,既然免于起诉是以刑法中规定的免于刑罚处罚为根据的,并且,应免于起诉的被告人在经法院审理后,也应判决免于刑罚处罚,那么,对被告人既确认有罪而又免除其刑罚,就不是免于起诉所特有的。也就是说,免于起诉所体现的惩办与宽大相结合的刑事政策,在法院的免于刑罚判决中一样可以得到体现。当然,在体现惩办与宽大相结合的政策上,免于起诉与免于刑罚处罚的判决,还是有区别的。这种区别存在于时间的先后不同,在五、六十年代,我国尚无较完善的免于刑事处罚的规定,免于起诉确实也有其独特的体现这一政策的功能。

第二,免于起诉被认为体现了诉讼经济原则,即反正被免于起诉的被告人经法院审理后,也是判决免于刑罚处罚,因此,免于起诉结果与判决一致,而又省却了法院的开庭审理和判决、检察院的出庭支持公诉。免于起诉的存在,使法院对一部分应判决有罪而又免除刑罚的被告人不再开庭审理和判决,检察院对此可不必出庭支持公诉,法院和检察院可以把因此而节约下的时间、精力等,放在需要严厉打击的犯罪分子的案件之中,其利显而易见。然而,从有利有弊去考虑,也应看到,免于起诉符合诉讼经济原则之利,可能会导致损害诉讼结果的公正性。对此本文后面将予说明。也就是说,对免诉制度的这种利不可无限夸大或绝对化。

第三,免诉制度在实践中尚有一种司法人员体会甚多而学术界至今鲜见说明的利,即有利于迅速破案。免于起诉既可以使被告人免去上法庭受公开审理之辱,又可以消除被告人对法院判决结果可能并非免除刑罚的恐惧,因此对于被告人在侦查、起诉阶段坦白交待、揭发其他犯罪人等,具有极大的感召力。然而,不能不看到,这种利的后面同样存在着弊。虽然以免于起诉感召被告人坦白交待、揭发其他犯罪人,与某些国家的所谓辩诉交易不可同日而语,但毕竟隐藏着破坏法制尊严的一种可能性。

(二)关于免于起诉的弊

第一,几乎所有讨论免于起诉制度的人都不否认,在司法实践中存在着滥用免诉权或免诉权使用不当的问题。诸如对不该予以有罪认定的被告人,由于某种不合法的原因而作免于起诉处理的现象;又如对一些本该定罪且需判刑的被告人也作了免于起诉的处理。确实,免诉不当的弊病客观存在,且非罕见。但是也应当看到,有些问题并不是免于起诉制度的“专利”。例如,时下人们议论较多的对一些自首的犯有严重贪污、受贿等罪的犯罪分子,作了不当的免于起诉处理的问题。笔者认为,这并非属免诉制度特有的问题。这种问题的

存在,与某个时期刑事政策界限不够清楚以及有关人员对其有误解有关。因此,即使没有免于起诉制度,也同样可能在法院免于刑事处罚的判决中反映出这种宽大而无边的问题。

第二,几乎所有讨论免于起诉制度的人都承认,现行免诉制度存在着与刑事诉讼的民主化、公开性不一致的弊病。笔者认为,所谓免诉制度缺乏民主性、公开性的问题,根本原因并不在免诉制度自身。众所周知,免于起诉是起诉制度的一部分,其特点理所当然地受着起诉制度的制约。缺乏民主性与公开性,是现行起诉制度所具有的。因此,免诉制度的这种弊不如说是因受起诉制度的制约而出现的。对此,不能不予细究。因为这将对免于起诉制度的存废及修改问题产生重要影响。

第三,免诉制度使检察院和法院产生了矛盾,这种矛盾的存在,导致了检察院的免诉权常常影响法院依法独立行使审判权的结果。这是一部分主张应废除免于起诉制度的人所持的观点。而主张免于起诉制度应予保留的人则争辩:检察院行使起诉权的结果对法院的审判权的影响,并非免于起诉制度之过,而是起诉与审判分离制度的正常现象。例如,在共同被告人案件中,检察院对一部分被告人决定不起诉,就与免于起诉一样,也会对法院行使审判权产生影响。笔者认为,这种观点是对审判和起诉分离制度的精神实质有所误解的结果。

审判和起诉分离的精神实质之一在于:一方面,对法院的审判而言,实行不告不理;另一方面,则要求将最终认定被告人有罪及斟酌量刑的权力置于与起诉权相分离的审判权之中。就此而言,检察院有权认为被告人不构成犯罪或不能认定其犯罪。即使法院有不同意见,检察院决定不起诉,这仍属于审、诉分离制度的正常现象;然而,如果检察院认为被告人有罪,并对应如何处罚也有认识(这正是免于起诉的中心内容),那么,当这种认识与法院有分歧时,则应在审理后按照法院的意见决定最终的结果。也就是说,在后一种情况下,检察院作为起诉人,与法院有意见分歧,尚属审、诉分离制度固有的矛盾现象,但须按照检察院的意见决定而非由法院判定最终的结果,却是免于起诉制度的“特产”,而与审、诉分离制度的精神实质并不相符。

四、免于起诉制度的存废

既然免于起诉制度存在着利与弊两种对立的特点,那么,保留该制度的根据应在于通过完善免诉制度,能够达到扬其利而去其弊的结果;同样,废除免诉制度的根据应与之相反。但是,尚有两个问题需要说明。其一,法律制度的利与弊往往不能绝对化。一般地说,只有利而无弊或只有弊而无利的诉讼法律制度是不存在的。重要的是利与弊的权衡。既是权衡,就有相对性。当然,利弊权衡并不否认最大限度地消除弊、尽可能地保留利的努力,只是应肯定不同的权衡自有其选择的价值。其二,对免诉制度存废问题的探讨,不应受一些固定观念及制度的限制,而须注重其实践价值。应当承认,诉讼中的观念和制度,如起诉应与审判分离的观念,诉讼民主化的观念及制度等,本身就是中、外诉讼实践的价值反映,同时,也必须看到,诉讼观念及制度随着诉讼实践的发展而会变化。

据此,先分析废除免诉制度的观点。

废除免诉制度,自能一举消除因免诉制度的存在而产生的弊端。然而,这只是表面现

象。细细考察前面曾提到的三项弊端,我们可以看到:第一,滥用或不当使用免诉权现象,虽然能因此而消除,但这种消除的代价是否值得,大可怀疑。一项权力的废除,绝不能基于其会被滥用的事实。若果以会被滥用而废除,那么,世间将几乎无可保存之权力。权力被废除的根据只能是其滥用无可制约之法。对免诉权而言,肯定其无可制约之法势难成立。虽然从现行刑诉制度来说,对免诉权的滥用予以制约的因素确实数量少而且效率不高,但未必说今后不能对其设定有效的制约机制。只要存在着这种现实可能性,主张废除免诉制度来消除滥用免诉权现象,并不妥当。

第二,就免诉制度缺乏诉讼民主性与公开性来说,废除免诉制度也确实消除这种弊端的省力之举。虽然诉讼的民主性与公开性是应予充分肯定的价值,不民主或不公开的诉讼制度也确实应是应予改变的现实。但以此否定免诉制度的存在价值,似也过于偏激。我国的侦查预审制度、起诉制度,都存在着同样的问题,但尚无人、估计也不会有人因此而否定其存在的价值。那么,对免诉制度为什么要例外呢。一项缺乏民主性与公开性的诉讼制度应予废弃的根据,应是其具有不可能赋予这种特性的本质(当然,侦察阶段因侦破案件的需要而应具有秘密性,不便赋予其公开性或一些诉讼民主措施,是一例外)。免诉制度并不具有这种本质。因此,以此否定免诉制度,根据不足。

第三,免诉权因包含有最终定罪与酌量量刑的因素而与起诉、审判应分离的观念和制度相悖。但这种对立的存在,本身并不具有否认免诉制度的当然结论。需要通过分析免诉制度的实践价值才能确定其对审、诉分离观念和制度的突破是否值得。

通过前面的分析,可以看到免诉制度在实践中的最引人注目的价值,是有助于实现诉讼经济原则。由于在今后可以预料的并不短暂的时期内,犯罪现象并不会大幅度下降,而检察院的起诉力量和法院的审判力量并不会会有大幅度的提高。因此,面对现实中的犯罪率,起诉力量和审判力量显得相对不足的矛盾,今后将长期存在;并且,还有可能因诉讼制度的进一步民主化、公开化的变化而显得更为突出。有鉴于此,诉讼经济原则无疑具有应当引起高度重视的不可或缺的价值。而如果否定了免诉制度,就将使诉讼经济原则受到严重损害,其不利于检察院和法院集中力量对付那些严重犯罪案件的后果,不言而喻。因此,笔者认为这是免诉制度存在的主要根据,并且是其突破审、诉分离制度的主要理由。

要否定这项根据,除非在废除免诉制度后能找到可以替代其体现诉讼经济原则的方法。这种方法也确实为一些人所注意到。

一种方法以国外起诉便宜的方式来代替免诉制度以实现诉讼经济原则。但这种方法并不妥当。因为起诉便宜主义是对被告人作无罪处理,这在我国的法律体制中不可行。我国刑法与其他有关的行政、经济法规已将社会危害性程度不同的行为,作了比较科学的罪与非罪的区分。在这种区分标准之外,再另立一套确定罪与非罪的标准,势必破坏法律制度的严肃性与完整性;即使会有利于实现诉讼经济原则,也是利小而弊大,不足取是显而易见的。

另一种方法是以暂缓起诉代替免予起诉。对此,已有人作过精辟的分析,认为两者并无实质性的差别,在某种程度上缓诉的弊端还超过了免诉制度。^①因而也不足取。

① 徐益初:《免予起诉制度存废之我见》,《法学研究》1989年第3期。

最后一种方法是以法院对轻罪大量适用简易程序的方式作替代。然而,简易程序究竟能简化到怎样的程度,才能如免诉制度那样充分体现诉讼经济原则,尚是疑问。再者,国外采用简易程序,是与其法律制度相协调的。如简易程序的适用对象一般是轻微犯罪案件,而这些案件大都在我国属非刑事化处理方法范围;再如,之所以对这些案件强调简化程序,是与普通程序的繁琐分不开的。相对而言,我国的普通程序并不那么繁琐。虽然不能因此说我国的普通刑事诉讼程序没有可简化的内容,但如果对并不繁琐的程序再予大量的简化,其引出的弊会超过带来的利,大有可虑。因此,这种方法也应不宜考虑。

综上所述,笔者以为,废除免诉制度的根据并不充分。当然,这与免诉制度需要修改完善是两个问题。关于免于起诉制度的修改完善,学者们已说得较多,其中不乏真知灼见。笔者在此基础上补充几点:

第一,考虑对免诉制度的修改与完善,应与对刑事诉讼制度的整体的修改、完善相协调。例如,缺乏民主性与公开性,不仅是免诉制度中存在的问题,因此需予完善,而且是整个起诉制度中的问题。对此,应予一并解决。当然,解决的方法可能并不完全相同。例如,若修改起诉制度,赋予被告人在起诉阶段有聘请律师的权利,这是应统筹考虑的。但被告人及其辩护律师在起诉程序中,在决定起诉、不起诉和免于起诉不同情况下,其权利可能会有差异。对此需作进一步研究。

第二,由于免诉制度充分表现出了诉讼中的效率与制约的矛盾,而现行免诉制度的弊端之一是在处理这对矛盾时,偏向于效率而忽视制约。因此,在修改完善免诉制度时应更注重制约。对其制约,如同某些国家那样设立检察审查委员会的方式于我国可能并不合适,但以法院的制约为主应予肯定。不论如何,定罪量刑权应在法院,检察院的免诉权只是例外,而非通则,重要的是这种制约不应是协商式的,而应是有效的。至于怎样才能实现这种有效性,还需研究。

第三,由于免诉制度还充分表现了诉讼的另一对基本矛盾,即效率与人权保障,而现行免诉制度的弊端之一是重视效率而相对忽视保护被告人和被害人的权益,因此,在修改与完善免诉制度时应更为注重保障被告人和被害人的权益。从原则上说,应赋予被告人不服免于起诉决定时向法院提出起诉的权利。这里需要观念的转变:即法院才应是对有罪裁断作最终认定的机关。如果说公民对行政处理不服,尚能经过行政诉讼程序请求法院公断,那么,对与其权益关系更为重大的有罪认定问题的处理,更应有权请求法院公断。当然,被告人与被害人在不服免于起诉决定时,请求法院审判的具体条件等问题,在规定的应有区别。对此也需要进一步研究。

第四,由于免诉制度有利于破案的利是与类似于辩诉交易的危险性相伴而生的,因此,刑事政策的制定及其执行,切忌跨过界限,使免诉制度避免进入宽大无边、破坏法制的误区。当然,这个问题可能已超出修改、完善免诉制度的范围了。

[作者单位:中国社会科学院法学研究所]

(责任编辑:白岫云)