

改“免于起诉”为“暂缓起诉”

——兼论检察机关不应有刑事实体处分权

洪道德

免于起诉是我国现行刑事诉讼法中一项重要制度。自从创立以来，在同反革命分子及刑事犯罪的斗争中，曾起过积极作用。但若对免于起诉进行认真、深入地研究，不难发现这制度缺乏正确、必要的理论基础和法律依据，其立法意图同预期的效果亦未能在实践中得到完全实现。笔者不揣冒昧，提出不成熟的看法，请专家、学者批评指正。

一

免于起诉，是人民检察院通过对公安机关侦查终结，移送起诉或者免于起诉案件，以及自行侦查终结的案件进行审查之后，所作出的一种处理决定。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，人民检察院可以免于起诉。”决定免于起诉，必须具备三个条件：（一）案件事实清楚，证据确实、充分，这是首要条件；（二）被告人的行为已构成犯罪，应当负刑事责任，这是前提条件。（三）要有依法不需要判处刑罚或者可以免除刑罚的情节，这是必备条件。由此可见，就免于起诉决定自身的性质而言，一方面具有终止诉讼程序，结束诉讼活动的效力，另一方面也是对该案件所作的一种最终的实体性的评断，与人民法院免于刑事处分的判决具有相同的作用。免于起诉的决定是有罪决定，等同于人民法院的免刑判决。因为凡是免于起诉，必然有以下几点内容：（一）被告人犯了罪；（二）被告人的行为构成了某罪；（三）依法可不予以刑事处罚。而这些也正是刑事审判权的内容。在刑事诉讼中，审判权的行使主要是通过依照事实和法律，对被告人作出有罪或无罪、此罪或彼罪、罪轻或罪重、免除处罚或处以刑罚以及处以何种刑罚的裁判来体现的。由于免于起诉也行使了判定有罪并触犯某罪名，以及不应处刑的权力，所以人民检察院的免于起诉权包含有刑事审判权的具体内容。

对于上述结论，存在着不同的看法。第一种意见认为，人民检察院的免于起诉是一种诉讼行为，其决定只具有终止诉讼程序、结束诉讼活动的意义，而没有对被告人刑事实体权利予以处分的作用。因为处分被告人刑事实体权利，对案件作出最终实体性的评断，是人民法院的权力。人民检察院参加刑事诉讼的职责是行使检察权追究犯罪，代表国家提起公诉，将被认为犯罪的公民交付审判，并监督判决的执行。所以，人民检察院在刑事诉讼中的一些活动都不具有实体方面的意义。显然，这是站不住脚的，与刑事诉讼法对免于起诉的规定明显不符。根据法律规定，免于起诉必然包括处分被告人刑事实体权利的内容，或者说，对案件作出最终的实体性评断是人民检察院进行免于起诉的前提条件。的确，人民检察院从性质及职责上讲，在刑事诉讼中没有处分被告人实体权利、对案件以作出实体性评断来终结诉讼

程序的权力，但问题是检察院拥有这种权力。这虽然矛盾，但却是事实，我们应当正视它。

第二种意见认为，刑事审判权是人民法院专有的权力，人民法院行使定罪及量形的权力才是刑事审判权；人民检察院的免于起诉决定虽然也处分了被告人的部分刑事实体权利，但不是在行使刑事审判权，也就没有侵犯人民法院的审判权。这种看法也是不妥当的，因为一个诉讼行为是不是属于审判权范围，并不以行使的主体来划分，而由其内容来决定。只要是处分了被告人的刑事实体权利，只要是对刑事案件作出了最终的实体性的评断，就是在行使审判权。至于行使者是谁，则不是必要的条件。如果说只有人民法院进行定罪量刑活动才算是行使刑事审判权，其它机关不能行使审判权，那么，为什么刑事诉讼法第3条要作“其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力”的规定。这种观点没有搞清楚审判权的含义，而是过分看重行使的主体。按照法律规定，刑事审判权应当由人民法院依法行使，但也存在其他机关非法进行定罪量刑的现象，而这种行为同样被认为是在行使刑事审判权。

第三种意见认为，审判权的核心是刑事处罚权，由于人民检察院的免于起诉决定中不包括刑事处罚权，因此，免于起诉权中没有行使刑事审判权的成份。同时，人民检察院的公诉权当中包括免于起诉权。我们同意刑事审判权的核心是实现国家刑事处罚权的观点，然而以人民检察院在免于起诉决定中不能行使刑事处罚权来论证检察机关的免于起诉权不具有审判权的性质，则失之偏颇。因为审判权虽然有核心内容和次要内容之分，但审判权绝不限于刑事处罚权，而是由定罪和量刑两部分权力共同组成的。不论行使了哪一部分权力，都可以说是在行使审判权。对被告人既定罪又判刑，是审判权的体现；对被告人只定罪而不判刑，同样也是审判权的体现。难道人民法院作出免于刑事处分的判决就不是行使审判权吗？至于免于起诉是否属于人民检察院公诉制度必然内容，不能一概而论。如果从终止诉讼程序、结束诉讼行为来讲，公诉权可以包括免于起诉制度；如果从对案件作出最终的实体性评断、处分被告人刑事实体权利来看，则公诉权就不包括这个内容。

第四种意见认为，审判权是一个不可分割的整体，人民检察院的免于起诉权既然没有包含刑事处罚的内容，那就不符合刑事审判权的概念，因而也就不存在行使刑事审判权问题。这种观点是不够全面的。定罪是判刑的必备前提，量刑则是定罪的必然结果；免于起诉决定要以被告人的犯罪行为具有法定的不需要判处刑罚或者免除刑罚的情节为条件，而不需要判处刑罚或者免除刑罚则是以犯罪行为应受刑罚处罚为基础。此外，量刑权包括判刑和不判刑两部分。认为免于起诉决定没有行使刑事审判权的内容是没有道理的。另外，照这样逻辑推理，人民法院也不应有进行免于刑事处分的权力。

总之，现行的免于起诉制度具有双重性。终止诉讼程序，结束诉讼活动仅是它的作用之一，还有最终实体性评断案件，对被告人刑事实体权利进行处分的内容，这是人民检察院免于起诉的前提条件。

二

免于起诉以认定被告人有罪作为前提，对案件作出最终的实体性评断，是有问题的。

(一) 免于起诉制度不符合诉讼的历史发展进程。当今世界各主要国家的刑事诉讼立法，都严格将控诉权与审判权分开，行使控诉权不能同时行使审判权；审判权的行使也不得同时拥有控诉权。封建制的刑事诉讼，控诉与审判是不分的。我国目前的刑事诉讼程序虽然彻底摒弃了法官行使审判权亦可行使控诉权的制度，而实行“不告不理”原则。但免于起诉

制度，在某种程度上把控诉权和审判权集于人民检察院一身，即使同封建制的控、审不分有本质区别，但在诉讼史发展进程中也是不和谐的。

(二) 免于起诉制度违背了我国宪法及有关法律。我国宪法第123条规定：“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关”，第129条规定：“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”刑事诉讼法第3条规定，对刑事案件的“批准逮捕和检察（包括侦查）提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责”。按宪法和法律所确定的法院、检察院的地位和职责，人民法院是我国行使审判权的唯一机关，而人民检察院既不处于审判机关的法律地位，也没有对刑事案件进行审判、作出最终实体性评断、处分被告人刑事实体权利的权力。那么，免于起诉制度就与宪法不相符合了。

(三) 免于起诉制度限制了人民法院对刑事审判权的行使。第一、一个犯罪行为只有能够被人民法院免于刑事处分的，才能够被人民检察院免于起诉，其范围规定在刑法下列条款中：1.第7条，在中华人民共和国领域外犯罪，依法应负刑事责任，但在外国已经受到刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚；2.第16条，聋哑人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚；3.第17条第2款，防卫过当的应当酌情减轻或者免除处罚；4.第18条第2款，紧急避险超过必要限度造成不应有危害的，应当酌情减轻或者免除处罚；5.第19条第2款，对于预备犯可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚；6.第21条第2款，对于中止犯应当免除或者减轻处罚；7.第24条第1款，对于从犯，应当比照主犯从轻、减轻或者免除处罚；8.第25条，胁从犯，应当比照从犯减轻处罚或免除处罚；9.第63条，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，可以减轻或者免除处罚。可见，在上述条款中的制裁部分，有的是减轻处罚或者免除处罚，有的是从轻、减轻处罚或者免除处罚，并无一个只规定单一免除处罚的条款。也就是说，实际上并不存在“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”的犯罪行为供人民检察院适用免于起诉决定，而是由人民检察院在从轻、减轻处罚或者免除处罚之间衡量选择，决定舍去从轻、减轻处罚而采用免除处罚的。这就使人民法院对于被检察机关免于起诉的案件，失去了根据犯罪分子的犯罪事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度，进行综合考虑，决定是否处以刑罚和如何处罚的选择权。第二，司法实践中，检察院的决定与法院的认定不一定相同，检察院的处理与法院的判决也未必一致，如果将检察院免于起诉的犯罪分子交由法院通过审理进行判决，就有可能出现以下情形：1.在犯罪分子是单个的案件中，检察院决定免于起诉，法院则可能（1）判处刑罚；（2）判处免于刑事处罚；（3）宣告无罪；2.在共同犯罪的同案被告人之间，检察院对甲免于起诉，对乙提起公诉，假设对乙的公诉正确且应判处刑罚，人民法院审理后作出的判决有：（1）认为甲的罪行重于乙，应当判刑；（2）认为甲的罪行虽轻于乙，但也应判刑；（3）认为如起诉甲，可判处免于刑事处罚；（4）认为甲并未构成犯罪，若起诉则可宣告无罪。法院的上述七种判决，只有两种和检察机关的处理结果一致，其余五种都不相同。当然，并不是说人民检察院的免于起诉决定有2/3是不正确的，也不是说在任何情况下都是人民法院正确。但是，既然审判机关是人民法院，那么，人民法院就有权依照法律掌握量刑尺度，对刑罚进行选择，并作出最终裁决。然而，由于人民检察院的免于起诉决定在先，人民法院就无法行使审判权了。上面提到的缺陷和矛盾，不是修改程序或者实践中注意就能解决的。因为由于刑罚的多样性及犯罪的复杂性，我国刑法不可能对适用刑罚的每种情况只规定一种处罚办法；另外，要求人民检察院和人民法院对案件的认识，完全一致，也是不可能的。

(四) 免于起诉制度侵犯了被告人和被害人的合法权益。例如,被告要求人民法院开庭审判,自行辩护以及委托辩护,对一审判决不服提出上诉等权利,由于被人民检察院作了免于起诉处理,这些诉讼权利被限制甚至被剥夺了。又如,被害人提起附带民事诉讼、挽回因犯罪行为所造成物质损失的权利,还有被害人对此享有的上诉权。被免于起诉后被告人不能进入审判程序,被害人即使对其提起附带民事诉讼,也无法审理,从而损害了被害人的合法权益。

三

修改和完善我国包括免于起诉的公诉制度,势在必行。对免于起诉问题,目前法学界有两种态度。一种意见主张取消免于起诉制度,人民检察院对于公诉案件,要么不予起诉,要么提起公诉。另一种意见则认为现行的免于起诉制度,基本上好的、可行的,只需修改和完善有关执行程序的内容。例如,对免于起诉决定要有一定的制约和监督措施;要有必要的诉讼程序来保障被告人能够行使诉讼权利等等。笔者认为,两种意见都不够全面。前者只看到了免于起诉制度的缺陷,而没有看到其中的合理部分,因而采取了偏激态度;后者强调了免于起诉制度的可用部分,而没有看到这一制度的根本缺陷,采取了总体肯定、细节修补的态度。

免于起诉制度中关于处分被告人刑事实体权利、对案件作出最终实体性评断的内容,由于既缺少理论根据,又与宪法及其他法律规定的原则相违背,因此,不应当继续保留下去。但对于免于起诉制度中有关终止诉讼程序、结束诉讼活动的内容,则应当予以保存。因为在公诉案件中,人民检察院作为代表国家提起公诉的唯一的起诉人,是刑事诉讼主体之一,对于诉讼的提起、发展、中止或者终结,在法律划定的阶段范围内,拥有决定的权力。因此,笔者建议,在汲取免于起诉制度中合理因素的基础上,把免于起诉制度改为“暂缓起诉”制度。所谓暂缓起诉,是指人民检察院对于罪该起诉的被告人,符合法律规定的条件,暂不起诉,给予一定的考验期限进行自我改造,根据其悔罪程度以及改造情况,再决定是否提起公诉的一项制度。

暂缓起诉决定不以必须确定被告人犯了罪以及犯了什么罪为前提,也就是说人民检察院在作出暂缓起诉决定时,对被告人是否有罪以及犯了什么罪可不予回答。这是暂缓起诉这项制度同免于起诉制度最根本的区别,同时也解决了免于起诉制度中部分内容与宪法原则相矛盾的问题。被暂缓起诉的被告人,在缓诉期限内,如果能够认真改造,有悔改表现,符合考验条件的,人民检察院最终决定不再提起公诉。因为被告人经过改造,事实证明已消除了社会危险性,所以就不需再进行刑事追究了。建立暂缓起诉制度的积极意义主要在于一方面可以加速犯罪分子的自觉改造,减少社会危害性,另一方面又能够减轻司法机关的压力,以便集中主要力量办理重大案件。

暂缓起诉必须以被告人罪该起诉为前提,为什么本应起诉的犯罪行为,在经过一定期限和符合有关条件下,就可以最终不被起诉呢?笔者认为,暂缓起诉制度的理论依据,可借鉴立法上关于追诉时效制度。追诉时效制度的建立,无非是考虑犯罪人在一定时期内未犯新罪,表明他已经改过自新,继续追诉不必要了。刑事诉讼法第11条规定,犯罪已过追诉时效期限的,不追究刑事责任。既然国家法律承认和肯定犯罪分子自我改造的成绩,那么对于在检察机关监督下进行自我改造所取得的成绩,也应予以肯定。被暂缓起诉的犯罪人,应视为

在追诉时效期限内已改造完毕，可以不再追究其刑事责任。

被暂缓起诉并最终不起诉的人，究竟是有罪还是无罪，笔者认为，也可再一次借助追诉时效制度的理论。因犯罪行为已过追诉时效期限而不被追究刑事责任的人处的法律地位，和承担的法律后果，与被暂缓起诉最终不被起诉的人所处的法律地位和承担的法律后果是一样的。如果只要求后者必须作出“有罪”或“无罪”的回答，是没有道理的，也不能由此否定暂缓起诉制度存在的客观条件。

四

建立暂缓起起诉制度，有一些具体问题有待研究解决。

（一）凡是要作出暂缓起诉决定的，必须具备一定的条件。首先要符合起诉的条件：1. 被告人的行为构成犯罪；2. 案件的犯罪事实清楚，证据确实、充分；3. 不具有不予起诉的法定条件。其次要具备能够暂缓起诉的条件：1. 犯罪情节轻微；2. 犯罪后有悔改表现；3. 能够自我改造不会继续危害社会；4. 被告人系初犯、偶犯或者是共同犯罪中的从犯、胁从犯；5. 被告人的亲属，所在单位或组织等愿接受委托对其进行监督。

（二）关于适用暂缓起诉决定的对象范围，可以考虑以免于刑事处分的适用对象为限，也可以考虑限制在依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制及免于刑事处分的范围内。象反革命分子、杀人、放火、强奸、抢劫、爆炸、投毒以及严重破坏社会秩序的犯罪分子，惯犯、累犯，共同犯罪中的首犯、主犯等不适用暂缓起诉。关于这个问题，有条件的可以先搞点试验，待成熟后再作具体规定。

（三）关于维护被告人合法权益的问题。要建立必要的诉讼程序和制度，以切实保障被告人的诉讼权利能够得到充分行使。例如，凡是要作暂缓起诉处理的案件，在作出决定之前，应当允许被告人委托律师担任辩护人参加诉讼；要给辩护律师充分发表意见的时间和机会；被告人如果不服暂缓起诉的决定，有权在法定期限内向上一级人民检察院申诉，上级检察机关应对案件进行全面审查，并把复查结果告知申请人；被告人坚决要求起诉到人民法院的，只要符合起诉条件的，人民检察院就应当向人民法院提起公诉，而不要作暂缓起诉处理等。

（四）关于暂缓起诉的制约问题。对于人民检察院的暂缓起诉决定一定要有制约。首先，要将暂缓起诉决定书副本送达移送起诉的公安机关，如果公安机关对决定有意见，有权用书面形式要求人民检察院复议；如果公安机关对复议结果不服，有权向上一级人民检察院提请复核。其次，对于有被害人的案件，暂缓起诉决定书副本要送达被害人，被害人如果不服，有权在法定期间内向上一级人民检察院申诉；对复查结果仍不服时，可以自诉人的身份将案件起诉到人民法院，人民法院以自诉程序进行审理判决。为了防止检察机关滥用暂缓起诉，应明确规定人民检察院在作出暂缓起诉决定之前，必须征得被告人的同意，有辩护律师的情况下，还要征求辩护律师的意见，否则不能做暂缓起诉处理。

（作者单位：中国政法大学）

责任编辑：苏尚智