

# 我国不起诉自由裁量之现实反思与路径选择

张 艳 张 芳

[摘 要] 反思中国不起诉裁量的发展历程,我国不起诉裁量权必须实现三个层面的转化和超越,即在立论点上,实现刑罚价值与司法效率价值等的沟通;在实践论上,实现不起诉裁量保障与不起诉裁量权制约的有机统一;在关联性上,实现不同国家不起诉裁量制度之间的交流与对话。

[关键词] 检察机关;不起诉权;自由裁量权;反思

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)05-0624-04

## 一、不起诉自由裁量权之法理探究

不起诉权,是指人民检察院对公安机关或者自侦部门侦查终结移送起诉的刑事案件进行审查后,确认符合法律规定终止刑事诉讼的条件,不应或不必对犯罪嫌疑人定罪,从而作出不将犯罪嫌疑人交付审判机关进行审判的一种处置权<sup>[1]</sup>(第 72 页)。不起诉自由裁量权是我国现行法律赋予检察机关的特定裁量权类型。我国现行《刑事诉讼法》第 142 条规定,“犯罪嫌疑人有本法第十五条规定的情形之一的,人民检察院应当作出不起诉的决定。对犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不起诉决定。”检察机关的不起诉裁量权是指当某一具体案件已经具备了我国现行《刑事诉讼法》第 142 条规定的检察机关提起公诉的法定条件时,检察官可以根据自己对该法律条款认识以及对案件事实本身的判断,享有选择起诉或不起诉的权力。

### (一)不起诉自由裁量权的权力本质探究

“本质”是我们考察和分析一切社会现象的前提,在不起诉自由裁量权问题上也是如此。从中外学者的论述来看,权力意味着被社会承认、接受和服从的强制力。权力的特征是“能够”,即有能力以自己的“强制力”作为或不作为<sup>[2]</sup>(第 67 页)。在近代,受自由主义、个人本位主义价值观的影响,传统宪政理念强调加强公民个人权利保障,严格监督国家公权力的行使。但是,自从人类进入现代社会以后,随着社会事务增加以及社会问题复杂化,客观上要求扩大和强化国家公权力职能。自由裁量权正是为了适应社会发展的需要而设计的。为了使国家公权力主体能够审时度势、权衡轻重,不至于在复杂多变的社会问题面前束手无策,错过时机,法律、法规必须赋予国家公权力主体在规定的原则和范围内行使自由裁量权,从而灵活果断地解决问题,只有这样才能有效地维护公共利益,维持公共秩序,提高国家公权力效率,满足社会需要,实现国家权能。

不起诉自由裁量权本质上属于检察机关自由裁量权的范畴。具体来说,检察机关不起诉自由裁量权是指法律、法规赋予检察机关在行使检察权过程中依据立法目的和公正、合理的原则,自行分析、评价起诉行为的适用条件,自行选择是否作出起诉决定的权利。在司法实践中,检察机关不起诉裁量权既可能表现为提起公诉,也可能表现为决定不起诉。不起诉自由裁量权的前提条件是案件已经完全具备提

提起公诉的法定条件,而检察机关作出不起诉的决定是对具备起诉法定条件的案件的一种例外处理方式<sup>[1]</sup>(第72页)。由于司法实践中,各具体案件具有其特殊性、复杂性,尤其是在不同案件中犯罪嫌疑人的主观因素也存在千差万别,为了保障公诉权的有效行使,必须赋予检察机关一定范围的不起诉裁量权,保障检察机关能够根据案件实际情况,享有作出是否提起公诉的权力。

## (二)不起诉自由裁量权的价值探究

我国法律赋予检察机关享有不起诉裁量权有其深层的价值原因,它是我国社会价值领域总价值权衡的必然要求。事实证明,不起诉制度在保护人权,减少讼累,合理配置司法资源,教育和感化犯罪嫌疑人,减少消极因素,缓解社会冲突等方面都发挥了积极的作用。

首先,不起诉裁量权是犯罪嫌疑人合法权益的有效保证。过去一段时间,我们过于强调法律的威慑力,甚至不惜以牺牲一部分犯罪嫌疑人的合法权益为代价。但根据现代刑法理论,刑罚的目的已经由传统的报复转向现代的预防与惩处相统一,它要求刑罚在惩处犯罪时必须重视人权保障。对于公诉权的行使而言,检察机关在考虑是否就犯罪嫌疑人所实施的犯罪行为提起公诉时,“应重点考虑对犯罪人不科刑是否能够明显有利于其复归社会,另外也要把重点放在即使不科刑,是否有利于维护社会秩序,即从执行刑事政策的精神去决定问题”<sup>[3]</sup>(第117页)。因此,尽管我们强调“有法必依”,但如果不分犯罪情节,要求对触犯刑法的行为一律起诉,剥夺检察机关裁量权,其“在实质上不仅会招致不公平的后果,而且还会使犯罪人失去重生的机会”<sup>[4]</sup>(第71页)。

其次,不起诉裁量权与被害人的合法权益存在相容性。我国《刑事诉讼法》规定,检察机关行使不起诉裁量权必须合法,且符合特定条件限制。检察机关作出不起诉决定时,必须充分考虑到犯罪嫌疑人的犯罪情节是否严重,犯罪嫌疑人是否有明显悔罪表现和立功表现等因素来综合确定。而且,检察机关作出不起诉决定并不等于被不起诉人就不受到任何惩处。因为,不起诉决定仅仅从程序上终止追究被不起诉人的刑事责任,但检察机关仍然可以在认定被不起诉人有犯罪事实的基础上,“对被不起诉人予以训诫,或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失”,或者向行政主管机关提出行政处罚、行政处分或没收违法所得的检察意见<sup>[5]</sup>(第80页)。

另外,不起诉裁量权与司法价值追求存在相通性。检察机关正确行使不起诉裁量权有助于维护司法公正和效率,实现司法资源的合理配置。在刑事诉讼领域,社会公平,正义不再是司法诉讼所追求的唯一价值,司法公正和司法效率已成为人们评价司法诉讼的共同价值准则。西方经济分析法学派的代表人物波斯纳提出,法律程序在运作中会耗费大量的经济资源,为了提高司法活动的经济效益,应当将最大限度地减少经济资源的耗费作为对法律程序进行评价的一项基本价值标准,并在具体的司法活动中实现这一目标。如果把可以在检察机关终结的案件起诉到审判机关,就会在很大程度上增加人民法院的工作量,影响法官的工作效率,导致司法资源的极大浪费。即使这种做法不对司法公平带来很大的危害,也违反了诉讼经济原则和司法效率原则。因此,赋予检察机关不起诉裁量权,适时终止那些不该进入审判程序的案件,有助于节省了司法资源,维护司法公正和效率。

## 二、我国不起诉裁量之现实反思

检察机关不起诉裁量如何定位,直接关系到整个国家不起诉裁量制度体系的构建和不起诉裁量的发展方向。当代中国不起诉裁量制度的起步和发展,正是在进行不断反思、批判与重构中得以进行的。要推动中国不起诉裁量制度的发展,理性地选择科学的发展路径成为当务之急。

### (一)在立论点上,实现刑罚价值与司法效率价值等的沟通

根据传统的报应理论,刑罚是对恶行的一种惩戒,只有出于惩戒恶行的目的才能发动刑罚,而且适用刑罚的轻重必须同犯罪恶行的轻重相适应。传统的报应刑论希望通过报应式的刑罚来恢复被犯罪行为所侵害的社会正义和公平,通过刑罚来满足被害者的报复心理,也通过刑罚来警示社会中潜在的犯罪分子,从而防止犯罪行为的出现。因此,刑罚价值是司法实践中我们行使自由裁量权时必须考虑的重

点,否则刑罚的意义就不复存在。但从现代关系范畴中的刑罚研究而言,尽管“善有善报,恶有恶报”有其合理性,但刑罚价值并非刑罚的唯一价值追求。我们必须将其置于广泛的社会价值领域中,从关联性的视角来全面、系统地认识刑罚的价值追求。在对传统报应理论的反思中,我们认识到,刑罚的最终目的不在于对已经发生的犯罪行为的事后报应,而在于教育、改造和挽救犯罪人,使犯罪人复归社会,不再危害社会。在是否适用刑罚,以及如何适用刑罚的讨论中,我们必须综合权衡司法经济、司法效率等多重价值,结合本国的实际,为不起诉裁量权的行使找到合理性的价值基础。需要强调的是,一个国家的法文化传统和社会习俗对于该国的司法活动有着不容忽视的影响。我国在调整不起诉自由裁量权的适用范围时,必须考虑到我国的实际情况,才能真正实现不起诉制度的价值。

## (二)在实践论上,实现不起诉裁量保障与不起诉裁量制约的有机统一

从宪政的维度来讨论,以不起诉裁量为代表的国家公权力的运行路径与公民私权利的运行路径截然不同,最明显的是:宪政语境下,公民私权利是沿着“充分保障”的运行路径来进行,而国家公权力一开始遵循的就是“有效制约”的运行路径。众所周知,宪政社会的标志在于每一项国家公权力都存在相应的权力制约机制,从而防范国家公权力被滥用,实现权力与权力之间,以及权力与权利之间的制衡。权力制约是宪政建设的核心内容,也是实现人权保障的必然途径。早在几个世纪以前,法国思想家孟德斯鸠就提出,“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。”<sup>[6]</sup>(第 154 页)权力本身的扩张性以及权力行使人自身具有的人性弱点造成自由裁量权很容易被滥用,甚至异化为一些人谋取个人私利的工具。

法律赋予检察机关不起诉裁量权的目的是为了适应现代社会发展的需要,有效维护司法公正和司法效率,充分发挥司法的教育、感化功能。但是,即使在其表面合法性的掩饰下,不起诉自由裁量权也有可能被滥用。因为,权力本身的腐蚀性、扩张性决定了检察机关可能滥用不起诉裁量权而侵犯公民的基本权利,损害国家法律尊严。为了在保障检察机关有效行使其自由裁量权的同时,有效遏制其负面效应,我国应根据权力制约原则的要求完善相应的不起诉裁量制约机制。

## (三)在关联性上,实现不同国家不起诉裁量制度之间的交流与对话

中国作为一个后发型法治国家,更多是以一种学习和借鉴的态度来认识和看待西方法治经验。中国的法治发展道路不仅要立足于中国现实,更要积极吸收和借鉴他国法治进程中的经验、教训。就不起诉自由裁量而言,不起诉裁量权以及不起诉裁量制度本身是各国根据本国法治发展的客观需要而出现的。或者说,不起诉裁量权及不起诉裁量制度是社会向各国立法以及司法的客观要求。进入现代以来,随着现代社会的迅猛发展和政治、经济、文化格局的不断调整,特别是在全球化的时代语境下,不同国家之间、民族之间的关联程度与日俱增,各国在法治领域的交流与合作也进一步密切,这是不容否认的现实。鉴于法治本身体现着普遍性与特殊性的结合,尽管各国独具特色的具体国情会对本国不起诉裁量制度的发展产生很大影响,但这并不能否认各国在建构和完善本国不起诉裁量制度时会面临着普遍性问题,需要遵循一些普适性法治规律,因此,以建设性的态度来看待不起诉裁量问题,通过加强不同国家间的对话、沟通和交流,增进彼此间的理解与合作,是在国际领域内有效整合法治资源、追求不起诉裁量制度完善的根本方法。

# 三、程序控权:完善我国不起诉裁量制度之路径选择

毋庸置疑,程序法治是法学研究的重要范畴,作为法律规范及制度走入人们生活的前提,它构成了现代国家法律制度的核心和基础。鉴于现阶段我国不起诉裁量实践中存在的诸多问题,以程序控权为重心来建构和完善我国不起诉裁量制度成为新时期我们的理性选择。

不起诉自由裁量权的程序控制是指在检察权运作过程中,从程序层面对检察机关行使不起诉裁量权的行为进行控制。针对我国不起诉程序制度在维护不起诉裁量权正确行使,有效规范和制约检察机关不起诉裁量权中暴露出许多不足,如检察机关不起诉决定书对于不起诉决定的理由缺乏说明,检察机

关在作出是否起诉的决定时缺乏必要的沟通和监督机制等等,我们在现阶段完善不起诉自由裁量程序应当首先从以下几个方面着手:

1. 听取意见程序。“听取意见”的理念源于英美法的“自然正义原则”(Natural Justice),它是体现程序正义,进而通向实质正义的桥梁。为了保证不起诉裁量权正确行使,维护司法公正及实现社会正义,检察机关在作出不起起诉决定前,必须充分听取案件当事人等对案件事实的陈述,以及当事人各方对于案件处理的意见。对于一些社会影响大,具有普遍性、代表性的不起诉案件,检察机关在作出不起起诉决定前有必要召开听证会,广泛听取社会各界的观点,这也是完善国家机关同社会成员沟通渠道,保障检察机关不起诉决定能够被社会各界,尤其是不起诉当事人所理解、认同和接受,实现国家权力机关与社会成员之间良性互动的有效方式。

2. 说明理由程序。检察机关在行使不起诉自由裁量权而作出不起起诉决定时,应当在不起起诉决定书中尽可能地说明作出不起起诉决定的理由,尤其是作出不起起诉决定的事实及法律依据,借此提高不起诉裁量权行使的透明度。当检察机关陈述自己作出不起起诉决定的详细理由时,他不但要证明自己行为的合法性,保证自己陈述的理由能够说服自己,更重要的是他所陈述的理由在其他人看来应该是完全成立的,特别是他的理由必须能够说服不起诉案件的当事人。如此一来,要求检察机关在作出不起起诉决定时说明理由程序实际上很好地限制了检察机关滥用不起诉自由裁量权的行为。

3. 告知程序。检察机关在作出不起起诉决定之后,必须在指定期限内向被告人、被害人、起诉请求人等发送不起起诉决定书,告知不起诉当事人,包括被告人、被害人、起诉请求人不服从该决定的可能性,以及不服该决定时所享有的救济权利、进行救济的途径、程序及期限等。

#### [参 考 文 献]

- [1] 华小鹏:《试论不起诉之自由裁量权》,载《河南社会科学》2004年第5期。
- [2] 郭道晖:《权力的特征及其要义》,载《山东科技大学学报》2006年第2期。
- [3] [日]日本法务省刑事厅:《日本检察讲义》,杨磊等译,北京:中国检察出版社1990年版。
- [4] 雷经升,张兄来:《不起诉制约程序研究》,载《湖南省政法管理干部学院学报》2001年第1期。
- [5] 赵会平,张静:《刑事不起诉当事人自我救济制度研究》,载《中国刑事法杂志》2000年第1期。
- [6] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,北京:商务印书馆1961年版。

(责任编辑 车 英)

## On Reflection and Route Choice of Discretion on Not-to-prosecute in China

Zhang Yan, Zhang Fang

(1. College of Humanities, Graduate School of Chinese Academy of Sciences, Beijing 100049, China;

2. Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

**Abstract:** Reflecting the development of discretion on not-to-prosecute, right of discretion on not-to-prosecute in China should realize the transform and excess in 3 aspects: realizing the evaluation of penalty value and judicial efficiency value, etc; realizing the unification of protecting and restraining right of discretion on not-to-prosecute; realizing the communication of discretion on not-to-prosecute system in different countries.

**Key words:** procuratorial organization; right of not-to-prosecute; right of discretion; reflection