



免于起诉制度

宋军 著

中国政法大学出版社

免于起诉制度

宋 军 著

中国政法大学出版社

(京)新登字185号

免于起诉制度

宋 军 著

•

中国政法大学出版社出版

秦皇岛市卢龙印刷厂印刷

新华书店经销

•

787×1092 32开本 6.375印张 135千字

1993年2月第1版 1993年2月第1次印刷

ISBN7—5620—0935—X/D·885

印数: 5,000 定价: 4.30元

在此感谢北京大学王国枢教授、王
以真教授、刘家兴教授。

序

这是一本专门论述免于起诉制度的书。近年来，关于免于起诉制度的争论日趋热烈，见诸报刊杂志的有关这方面的文章也越来越多，但是，像本书这样系统、全面地研究免于起诉制度，特别是从大量古今中外资料中进行分析比较并得出我国免于起诉制度产生、存在的必然性与必要性的论著，迄今为止，还没有见到过。

免于起诉制度是对犯罪分子实行进一步宽大政策的产物。多年的司法实践证明，免于起诉制度对于分化、瓦解罪犯，的确发挥了重要作用。当然，这类案件如果由人民法院判决免于刑事处罚，也同样会体现宽大政策，也同样可以发挥上述作用。但是，宽大政策的兑现，在具备一定的条件下，应当尽可能快些、早些。因为这不仅符合诉讼经济的大原则，可以迅速结案，终止诉讼，节省人力、物力和方便群众，而且能及时体现宽大政策的影响和感召力，能更有效地分化、瓦解罪犯。

免于起诉只是免除了刑罚和不再送交人民法院审判，但并未免除被告人的全部刑事责任。给被告人定了罪名，认定被告人的行为已构成犯罪，这同样是在追究刑事责任。凡被免于起诉的被告人，首先必须得明白无误地认识到这一点。就是说，被告人得认罪、得有悔改表现。这，应当是决定要不要免于起诉时必须予以考虑的一个重要因素或重要条件。然而多年来，这个问题似乎曾一度被忽视了。

免予起诉制度不是孤立的，它是刑事诉讼程序制度这个系统“工程”中的一个有机组成部分。免予起诉制度的改进、完善离不开其他刑事程序制度的改进和完善。比如辩护制度的改进和完善，允许辩护律师参加审查决定起诉阶段的诉讼活动等。作者认为，辩护律师介入免予起诉案件的诉讼活动是完全必要的，是应该加以肯定的。

总之，这本书洋洋数万言，内容充实，材料丰富，有的放矢。密切联系实际，提出了许多发人深思的见解。

这样的论著，不仅具有理论意义，而且对我国刑事立法和刑事诉讼实践也有参考价值。我认为，这本书的问世是一件很值得庆幸的事。

北京大学法律系

王国枢

1992.7.3

绪 论

本文肯定免予起诉制度，认为免诉不但不应废除，还应在完善的基础上大力发展。

由北京大学王国枢教授主编的《刑事诉讼法学》认为：“免诉是人民检察院对公安机关移送起诉或免予起诉的案件，以及自行侦查终结的案件，经审查认为被告人的行为虽已构成犯罪，但依法不需要刑事处罚或可免除刑罚，而不将被告人交付人民法院审判的一种法律决定或诉讼活动。

免诉有两个主要特点。一是由检察机关作出；二是认定被告的行为已构成犯罪。从性质上看，“它是法律赋予检察机关终结案件的权力，一经作出免予起诉处理，追究该被告人刑事责任的诉讼就不再继续进行。被免予起诉的被告人，虽未由人民法院审判定罪科刑，但不等于未被追究刑事责任”。（见王国枢主编的《刑事诉讼法学》）

免诉是一种终止刑事诉讼的决定，其对象是构成犯罪的被告人。换句话说，免诉在起诉阶段时终止案件，就是使某些犯罪分子不再经过审判程序处理，有意地回避了刑罚。这实质上是体现了对某些犯罪行为非刑罚化，是一种免除刑罚的重要处理方式。

近年来免诉制度在学术界和司法实际部门引发了异常活跃的争鸣。对其批评的意见不少，甚至要求废除这种制度的呼声也很高。

主要的批评意见认为：定罪和处罚是审判权的两个主要内容。而审判权只能由法院行使，其它机关，包括检察机关均不得行使。但免诉却允许检察院认定被告人有罪。这是检察

权侵犯了审判权，不符合审判权由法院独立行使的宪法原则。免诉是违宪的。

免诉的案件中，没有被告人的辩护律师参与，被告人不能充分行使自己的辩护权。免诉终止了公正的法律程序，忽略了对被告人合法权利的保障。因此它很难保证客观的公正性。

从诉讼程序上讲，侦查、起诉是秘密阶段，只有审判才是公开阶段。在秘密阶段终止诉讼，缺少必要的公开性。这是导致免诉滥用的根本所在。

根据我国现有的法律规定来看，人民检察院对有的被告人作出免诉处理，人民法院即使认为免诉不当，也无权对免诉的被告人进行审理，更无权改变人民检察院的免诉决定。另外，由于对同案被告人已经免诉，人民法院对提起公诉的被告人只能作有罪判决，而不能作无罪判决，否则就会出现人民检察院认为轻的反而处理得重这样一种有悖免诉初衷的现象，这实际上等于为人民法院公正判决案件套上了一根绳索。

免诉制度产生于我国的50年代中期，由于当时特定的历史条件和环境，可以说它是“运动”的产物。已经发挥尽了自己的历史作用。在现今强调法制建设的时代，它已失去了往昔存在的合理性。

免诉制度混淆了程序法与实体法的关系。刑法是实体法，刑事诉讼是程序法。免诉规定在刑事诉讼中，但从实质上看，它是对犯罪分子的一种处分方式，应属于刑罚的内容。而刑罚的内容是不应规定在刑事诉讼法中的。诉讼权力与实体处罚权力不应相混同。

现代刑事诉讼文明进步的方式表现为控审分离。检察机

关行使公诉权，即控诉职能，不应再赋予其实体处分权力。否则的话，控审集于一身，将导致封建制度下的司法专横。

免诉与无罪推定不相符合。任何人在法院未宣告其有罪以前，均不得认定被告人有罪。而免诉却允许人民检察院这样作。

世界上没有国家赋予检察机关认定犯罪的权力。而且检察机关认定的犯罪与法院认定的在性质上无区别，都具有同样的法律效力。

免诉由于缺少必要的制约，滥用的现象极为严重。在司法实践中，应起诉的免诉了，就是放纵了犯罪。应不起诉的免诉了，就是侵犯了公民的人身权利以及其它权利。

在免诉的案件中，附带民事部分往往得不到公正的解决。人民检察院处理民事纠纷缺少法律依据。如若只进行调解，在实际中有可能出现久调不决的局面。如若让原告到法院起诉，就会出现一案两种诉讼程序的现象。诉讼上显得不经济。

有关支持免诉的主要意见认为：免诉是我国独创的一种司法制度，是具有中国特色的司法制度。几十年来的实践证明其效果是好的。

免诉有利于分化瓦解犯罪分子。

免诉体现了党的惩办与宽大相结合的刑事政策。

免诉有利于某些犯罪分子悔罪自新，有利于教育挽救犯罪分子。

免诉是“首恶必办，胁从不问，立功受奖”的体现。

免诉体现了诉讼经济的思想，有利于司法机关集中主要精力，打击那些严重的刑事犯罪分子。

免诉避免了刑罚的恶害性，是对报应刑理论的否定，它与

当前世界上很多国家实行的起诉便宜主义合拍，与国际上流行的教育刑或目的刑理论相吻合。而旧有的起诉法定主义，即有罪必诉的思想，已不符合当今发展的潮流。

综合肯定与否定两派的观点来看，给人大致的印象是：否定者的观点大多来自古典刑法学派的理论。强调罪刑法定主义、罪行相适应、无罪推定、起诉法定主义。因此，以这种理论观点看待免诉制度，则应废除免诉，怎么批评也不过分。相反，肯定者的观点一般是强调免诉的形势需要性，强调刑事政策，强调实际的结果，强调灵活变通。因此，以这种理论观点看待免诉，免诉则应该保留。

有关免诉制度的争论，并不如同有关无罪推定或证据的阶级性问题那样，在我国刑诉理论界曾引起过多次的争论。免诉的争论是近几年才有的。出现这次争鸣的最明显起因是，80年代以来，经济犯罪案件大幅度增长，特别是检察机关自侦的贪污、贿赂案件大量增加，使免诉案件大量出现，免诉的适用范围不断扩大。免诉与严打经济犯罪的方针不相协调，从而引起了人们对免诉制度本身的关注。

不可否认免诉本身并不完善，它在实践中暴露出了种种弊端。在目前的种种探讨意见中，认为免诉制度现在已尽善尽美的意见，可以说没有。在如何完善的问题上，肯定派的意见也众说不一，相互冲突，方案繁多。

免于起诉制度是涉及范围很广的一个问题。本文认为，完善与大力发展免诉，很可能导致对目前传统诉讼制度及理论观点的变革。为了更好地探讨免诉问题，完全有必要回顾一下我国古代宽免刑罚的实践和理论，回顾一下免诉产生的具体历史条件及原因，对照有些国家的类似情况，最后再看一看我国当前的免诉制度。

目 录

绪 论	(1)
第一部分 我国古代宽免刑罚的实践和理论	(1)
一、因时而赦及分化瓦解作用	(2)
二、区别对待、便宜从事	(21)
三、宽严相济的理论和实践	(46)
第二部分 免予起诉制度的产生	(79)
一、党的一贯理论和刑事政策	(79)
二、免诉制度是进一步宽大的产物	(85)
三、免诉是适应不同案件的特点而出现的	(91)
第三部分 近代的实证派和便宜主义	(106)
一、古典派与实证派的对立观	(106)
二、日本的起诉便宜主义	(114)
三、美国检察官的自由裁量权	(123)
第四部分 免诉制度的健全和完善	(135)
一、形势要求宽严并举	(137)
二、免诉制度的完善	(154)
三、对主要否定意见的看法	(176)

第一部分 我国古代 宽免刑罚的实践和理论

目前支持免诉制度的各种意见，对免诉的历史回顾，一般只限于我国的50年代中期，几乎很少有人到我国几千年的历史中去探讨免诉的根据。不错，免诉制度是出现在50年代，但它的出现绝不是偶然的历史现象。我国几千年来形成的宽免刑罚的理论精华和丰富的实践经验，是免诉制度产生的必然的历史基础。没有这种历史基础，免诉的出现是不可想象的。具体地说，目前支持免诉的一些理论观点，如免诉体现了惩办与宽大相结合、区别对待的政策；有利于分化瓦解犯罪；给可教育的犯罪分子以悔过自新的机会；体现了首恶必办，胁从不问的方针等等。这些绝不是现代才有的。这些被长期历史实践证明是正确的，并促使免诉产生、存在、发展的理论根基，早在几千年前就已出现了。从这种意义上讲，免诉所依赖的理论基础由来已久。免诉只不过是这种理论基础在现代公诉权上的一种特殊表现形式。

特别值得一提的是：目前有些国家普遍实行的起诉便宜主义，寻其根源，也只不过是我国古代便宜主义在控审分离新情况下的另一种表现。从这种意义上讲，便宜主义起源于中国。只不过有的国家从我国将这种“便宜主义”观念借鉴了去，移植在公诉权理论上而已。现今我们重考便宜主义，把被借鉴出去的东西再重新借鉴回来，这是“便宜主义”回归故里，并非是海外的舶来品。中国人大可不必忌讳“便宜主义”，因为它是先人留给我们的宝贵遗产。

我国历史久远、人口众多，在刑法方面我国有四千多年的历史经验，这是一般国家所不能比拟的。如果说，在西方，罗马法系是民法的“巨人”，那么我们可以毫不怀疑地说，在东方，古老的中华法系是刑法的“巨人”。我国古代有关宽免刑罚的实践和理论，其资料是极为丰富的。这里共分为三个小题。它们是：因时而赦及分化瓦解作用；区别对待便宜从事；宽严相济的理论和实践。

一、因时而赦及分化瓦解作用

我国古代赦的种类很多。如大赦、别赦、曲赦等等。不能否认赦在历史上曾有时用的很滥。如登基而赦、改元而赦、立皇太子而赦、枯树发芽而赦、河水清而赦、捕获猎物而赦等等。但至今对我们有现时借鉴意义的是：因时而赦。即根据形势的需要赦免刑罚。很明显，赦是宽免刑罚的最主要的表现方式之一。因此，因形势而赦，实际上就是因形势而宽免刑罚。从这种意义上讲，形势有时需要统治者宽免刑罚。宽免刑罚有其客观上的必要性。

我国赦的历史较早。《舜典》中就有“眚灾肆赦”的记载。春秋战国时亦不乏赦例。如据《史记·秦本纪》记载：

“初，缪公亡善马，岐下野人共得而食之者三百余人，吏逐得，欲法之。缪公曰：‘君子不以畜产害人。吾闻食善马不饮酒，伤人’。乃皆赐酒而赦之。三百人者闻秦击晋，皆求从……以报食马之德。”

但是赦例记载较详尽、较全面的还应属二千多年前的汉代。清代修订法律大臣沈家本在研究汉代赦时，以赦的原因为标准，将汉代的大赦分为22类。（见沈家本著《历代刑法

考卷二》)经粗略统计,在这22类赦例中,共赦150多次。其中赦的次数最多的为灾异之赦,即因自然灾害而赦。灾异之赦共有33次。其次是登基而赦为22次,改元为15次,祥瑞为13次,从军为10次。其它的立后、建储、帝冠、祀明堂、封禅、克捷等等均不足10次。沈家本的统计表明,汉代因灾而赦次数最多,占了总赦例的五分之一。

因灾而赦并非是遇灾就赦。在古时有些人认为灾异是因为统治者不德造成的,为德而赦就可以赈灾。当然从现在来看这种解释是荒谬的,其只不过是促使统治者进行赦免的托词而已。如果真的按这种说法去作,那么就应该出现灾害就赦。但是历史上的事实并非如此。

据范曄所著《后汉书·安帝纪》记载,永初元年时“新城山泉水大出”突坏人田,水深三丈,这时无赦。二年春正月,时州郡大饥,人相食,老弱相弃道路,无赦。“夏四月甲寅,汉阳城中火,烧杀三千五百七十人”无赦。“五月旱”。无赦。“六月,京师及郡国四十大水,大风,雨雹。”雹大如芋魁、鸡子,风拔树发屋,无赦。“十二月……是岁,郡国十二地震”,无赦。直到永初三年春正月,才以“皇帝加元服”的名义“大赦天下”。

这时赦的最直接的原因是:统治者已无力救济、赈灾,广大民众流离失所,迫于饥饿,人相食,犯罪量突然猛增。在这种情况下,一味固守平时法律,强调以刑去刑,执法必严,违法必纠,刑故无小。极易引起社会矛盾激化,危害皇权。因此,沈家本在《历代刑法考》中认为:“遇灾之年有赦降之事,必非无故。”这里的“故”实质上就是指的持续增高的犯罪量。

对因灾害而赦的必要性,汉代的统治阶层是很清楚的。

这一点从当时皇帝的诏书中就可以看到。

据班固著《汉书·元帝纪》记载：“永光二年春二月……诏曰：然而阴阳未调，三光眊昧。元元大困，流散道路，盗贼并兴。有司又长残贼，失牧民之术，是皆朕之不明，政有所亏咎至于此。”同年夏六月，诏曰：“闻者连年不收，四方咸困。元元之民，劳于耕耘，又亡成功，困于饥馑，亡以相救，朕为民父母……而有其刑，甚自伤焉。”这两个诏书实际上就是说，连年大灾之际，百姓饥饿纷纷为盗为贼之时，如若依照常法处置，就如同一个牧民不懂看管羊群的本领，就等于统治者自己对自己用刑。

因灾害而赦免犯罪、宽免刑罚，在我国历史上，可以说很多朝代都有过。就是在贞观盛世时也是存在的。

《新唐书·太宗纪》：“贞观二年三月，以旱蝗责躬，大赦……贞观二十三年，自冬旱，至是雨。大赦。”

《宋史·刑法志》：“遣使巡抚诸道，因谕之曰：‘平民艰食，强取糗粮以图活命尔，不可从盗法科之。’……天圣初，有司奏盗劫米伤主，仁宗曰：‘饥劫米可哀，盗伤主可疾。虽然，无知迫于食不足耳。’……五年，陕西旱，因诏：‘民劫仓廩，非伤主者减死，刺隶他州，非首谋又减一等。自是，诸路灾伤即降敕，饥民为盗，多蒙矜减，赖以全活者甚众。’”

宋代的司马光当时是反对在灾异之年宽免刑罚的。据《宋史·刑法志》记载：“司马光时知谏院，言曰：‘臣闻敕下京东、西灾伤州军，如贫户以饥偷盗斛因而盗财者，与减等断放，臣窃以为非便。《周礼》荒政十有二，散利、薄征、缓刑、弛力、舍禁、去几，率皆推宽大之恩以利于民，独于盗贼，愈更严急。盖以饥馑之岁，盗贼必多，残害良民，不可不除。

倾年尝见州县官吏，有不知治礼，务为小仁。遇凶年，劫盗斛斗，辄宽纵之，则盗贼公行，更相劫夺，乡村大扰，不免广有收捕，重加刑辟，或死或流，然后稍定。今若朝廷明降敕文，豫言与减等断放，是劝民为盗也。百姓乏食，当轻徭薄赋，开仓振贷以救其死。不当使之自相劫夺。今岁府界、京东、京西水灾极多，严刑峻法以除盗贼，犹恐春冬之交，饥民啸聚，不可禁御，又况降敕以劝之。臣恐国家使于宽仁，而终于酷暴，意在活人而杀人更多也。’事报闻。帝尝御迺英阁，经筵讲《周礼》‘大荒大札，薄征缓刑’。杨国安曰：‘缓刑，乃过误之民耳，当岁歉则赦之，怜其穷也。今众持兵杖劫粮廩，一切宽之，恐不足以禁奸。’帝曰：‘不然，天下皆吾赤子也。一遇饥馑，州县不能振恤，饥馑所迫，遂至为盗，又捕而杀之，不亦甚乎？’”

司马光的方法是“开仓振贷以救其死”。历史上确实大量存在着这种方法，而并未宽免刑罚。这里的关键问题是能否开仓振贷。如果能开仓救济饥民，那么相继为盗的人也绝不会太多。但事实是因灾而宽免刑罚的情形，多是由于统治者无力赈灾所引起的。例如上面所提到的“州县不能振恤。”又如《汉书·元帝记》：“三年夏四月，诏曰：……百姓仍遭凶阨，无以相振。”《后汉书·恒帝纪》：“永兴元年秋七月，郡国三十二蝗。河水溢。百姓饥穷，流冗道路，至有十万户，冀州尤甚。诏在所振给乏绝。”无力振灾，民众丢弃老弱，以至人相食，聚为盗贼，抢劫粮仓。在这种形势之下，除了宽免刑罚以外，没有缓和社会矛盾的更好方法。

如若依照司马迁的方法，在无力救济的形势下还“广有收捕，重加刑辟”，极有可能使社会更加动乱，危及统治者的

政权。从另一方面来看，大灾之年，财力乏绝，大量关押人犯也为政权承担不起，在这一点上历史上也有实例。明代“明成祖永乐十三年，释工作囚徒。先是，命出系囚，输作赎罪。既而，多亡者。有司请捕之。帝曰：‘此皆衣食空乏出于不得已。’遂命见役者俱还家，共释四千九百余人。”（见《历代刑法考》第678页）。

在元代，因饥穷而盗也宽免刑罚，而且还规定在法律中。《元史·刑法志》：“诸盗米粮，非因饥谨者，仍刺断……诸年饥民穷，见物而盗，计赃断罪，免刺配及征倍赃。”

就是在近代，也有我们可以借鉴的经验。在新民主主义革命时期，《晋冀鲁豫边区司法通讯》第二期，刊登了徐平同志《关于处理小偷问题的商榷》一文。文章中说：“随着灾荒的发展和继续，小偷之多及普遍，已成为社会上最严重的问题之一……”。

（一）小偷的成份，大多数是贫苦农民或灾民，小部分是农村流氓。所偷的东西，主要是瓜果、蔬菜、田禾。也有偷公粮和衣服的，但为数不多。

（二）小偷所以偷的原因，多数是因为灾荒压迫饥饿不堪。但也有部分懒于生产劳动，以偷窃为主要谋生方法的……更有乘盗风普遍，混水摸鱼，企图发财而偷盗的。

（三）对于小偷的处理，各地极为不一致，而最紊乱的是村，各村大多有社约，一般社约科罚极重。即以本院驻在地村所公布之社约为例。第一条便规定：‘偷南瓜一个，罚小米七斤。’在武安有偷了两个菜根罚到二百七十元的，有偷了几个山药蛋罚到六百元的……至于对小偷的捆绑吊打现象，为数也不少，甚至也有打死的。