

# 慎行缓起诉制度

刘 磊\*

**内容提要:**基于对传统报应刑罚观的反思,现代刑事政策发生了某些转向。在“两极化刑事政策”、社区矫正、保护被害人、“除罪化”等刑事理念的影响下,现代国家对于轻罪案件中被指控人的处遇问题作了重新审视。缓起诉制度对被指控人虽有“去犯罪标签”之功能,但其适用不当可能侵蚀法官保留原则、滋生检察官权力滥用,进而有损刑事司法的谦抑性。我国未来如果引入缓起诉制度,应当严格限定其适用条件,并设置必要的救济程序。

**关键词:**缓起诉 除罪化 一般预防 特殊预防

“徒有漂亮的学术理论,而无实务之印证,可能只是曲高和寡的空谈;实务之运作,若无坚强的学术理论当其后盾,就仿佛花朵失去土壤里的养分,会逐渐凋零。”〔1〕在时下炙手可热的刑事诉讼制度改革的讨论中,缓起诉(或曰“暂缓起诉”)制度的建构似乎已是箭在弦上。〔2〕但是,对于德、日等国实行的缓起诉制度的深层机理以及相关的配套制度,我国学者还存在一些认识上的盲点或误区,同时,对于缓起诉制度如何与我国现行的公诉制度相对接,也缺乏较深入的思考。在此情况下,仓促、草率地引进缓起诉制度,不但会使缓起诉制度难以发挥其应有的功效,而且可能严重损害刑事诉讼中的起诉法定原则。在本文中,笔者拟对缓起诉制度背后的刑事政策、缓起诉处分潜在的风险以及我国建构缓起诉制度存在的困境及其出路等问题进行分析。

## 一、“除罪化”与“案件分流”——缓起诉制度背后的刑事政策

1882年,刑事社会学派的集大成者李斯特在德国马堡大学作了《刑法的目的的思想》的演讲,主张将刑罚目的从一般预防转向特殊预防。〔3〕之后,以李氏为代表的“社会防卫论”思想潜移默化地影响了德国刑事程序法的走向,起诉法定原则相应作了某些调整,以缓起诉为重要内容的起诉便宜主义

\* 苏州大学法学院讲师。

〔1〕 陈志辉:《牵连犯与连续犯废除后之犯罪竞合问题》,台湾《月旦法学杂志》2005年第7期。

〔2〕 从现有关于刑事诉讼法修改的草案看,虽然学者们对缓起诉的适用范围、效力及审查模式的立法建议不同,但都主张建立缓起诉制度。参见陈卫东:《模范刑事诉讼法典》,中国人民大学出版社2005年版,第430页以下;徐静村:《中国刑事诉讼法(第二修正案)学者拟制稿及立法理由》,法律出版社2005年版,第189页以下。

〔3〕 参见苏俊雄:《刑法总论》(1),台湾大学法学院图书部1998年版,第90页。

开始抬头。<sup>〔4〕</sup>从刑事政策而言,既然刑罚的目的不再完全集中于报复正义或形而上学式的有罪必罚,而是关注刑罚所实际达到的犯罪预防效果,所以在正式的庭审启动之前,完全可以通过检察官的起诉裁量来实现特别预防的功能。与上述刑事政策相适应,建立在起诉便宜主义政策之下的缓起诉制度,要求检察官在公诉时权衡一般预防与特殊预防之间的关系,在正式的庭审之前对被指控人进行便宜性的实体性处分,以达“除罪化”与“分流案件”之功效。<sup>〔5〕</sup>

#### (一)“标签理论”催化下的“除罪化”运动——缓起诉功能的重新定位

犯罪学上的“标签理论”肇始于上个世纪60年代前后的美国,当时美国正倍受高犯罪率的困扰,犯罪学学者在批判了传统犯罪学中的“环境决定论”(无论是自然环境还是社会环境)之后,以“符号互动社会学”来构建新的犯罪学理论。其基本立场是:犯罪行为与犯罪人的产生根源于行为人对社会群体所制定的现实规则的背叛,犯罪是在社会互动的过程中被制造的而非是由社会环境所决定的。<sup>〔6〕</sup>标签理论倾向于认为,一旦越轨行为被贴上标签,不但行为人会被社会视为异类,行为人的“自我”概念也会产生戏剧性的变化而直接往社会所认定的标记走(逆反心理),最终愈演愈烈成为更严重的犯罪人。<sup>〔7〕</sup>从刑事起诉政策而言,轻罪案件中被指控人一旦受到起诉而进入审判程序,即使受到轻刑判决仍然会强化行为人的“越轨”标签,从而有阻却轻罪犯罪人再社会化之危险。为了克服标签效应给被指控人可能造成的不利后果(尤其是轻罪犯罪人),西方国家的刑事政策发生了某些“转向”(diversion)。具体而论,微罪处分、缓起诉、中间处分、缓刑、假释等都是该“转向”政策的具体体现。西方各国在反思短期自由刑之弊的基础上,将轻罪案件中受追诉的人进行某种“除罪化”,同时通过“再社会化”的刑事政策为犯罪人搭建“后退的金桥”。<sup>〔8〕</sup>例如,德、日等国在公诉程序中均赋予了检察官缓起诉处分权,在附加条件或采取保护观察等措施的前提下,将被指控人“去犯罪标签化”,进而达到“特殊预防”之效。<sup>〔9〕</sup>以“精密司法”著称的日本采取起诉便宜主义,并通过设置缓起诉制度使被指控人免受正式判决所可能产生的“犯罪标签”效应。总体而言,各国的犯罪治理术已不再局限于传统的报应刑思想,德、日等国对于轻罪案件中的被指控人可以在正式的庭审之前进行犯罪矫治,这样做不但实现了除罪化的刑事政策,而且对案件进行了合理的分流。

#### (二)两极化的刑事政策与缓起诉处分间的暗合

所谓“两极化的刑事政策”(或称宽严并济的刑事政策),是指“对于重大犯罪及危险犯罪者,采取严格对策之刑事政策;对于轻微犯罪及某种程度有改善可能性者,采取宽松对策之刑事政策。”<sup>〔10〕</sup>究其实质,两极化的刑事政策从区分犯罪事实与判断犯罪人主观恶性两方面入手,对重罪通过国家刑罚权来进行威吓(重罚),对轻罪则通过和缓的替代型刑罚(例如社区矫正、保护观察等)来怀柔处遇犯罪人。随着对监狱功能的反省、刑罚目的观的转变、对短期自由刑的反思以及“慢性犯罪人”理论的抬头,两极化的刑事政策几乎势如破竹地化解了各种批评而倍受现代工业国家的推崇(尤其是高犯罪率

〔4〕 参见王皇玉:《刑事追诉理念的转变与缓起诉——从德国刑事追诉制度之变迁谈起》,台湾《月旦法学杂志》2005年第4期。

〔5〕 特殊预防是指“刑罚对于犯人方面之积极作用,在预防将来之再犯”;一般预防是指“刑罚之另一作用,在警戒社会一般群众,使之有所忌惮,而不敢以身试法。”韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第278页。

〔6〕 参见[英]韦恩·莫里森:《理论犯罪学——从现代到后现代》,刘仁文等译,法律出版社2004年版,第298页。

〔7〕 参见林山田、林东茂:《犯罪学》,台湾三民书局1999年版,第158页;[日]森本益之:《刑事政策学》,戴波等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第19页。

〔8〕 刑事实体法上的除罪化是指通过明确法益的保护,将伦理判断与刑法的规范保护目的分开,避免家长式、泛道德式的人罪化,以维系刑法的谦抑功能。参见[日]曾根威彦:《刑事法基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第34页。

〔9〕 例如,德国刑事诉讼法典第153条a项规定:“经负责开始审理程序的法院和被指控人同意,检察院可以对轻罪暂时不予提起公诉,同时要求被告:作出一定的给付;向某公益机构或者国库交付一笔款额;作出其他公益给付;承担一定数额的赡养义务。”参见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1998年版,第73页。

〔10〕 许福生:《刑事学讲义》,2001年自刊本,第29页。

的工业化国家)。<sup>[11]</sup>一方面,工业化国家在对付有组织犯罪、暴力犯罪、毒品犯罪等危险犯罪上呈现出犯罪治理上的乏力;另一方面,刑事司法又必须避免传统报复刑罚对社会大众可能产生的恐怖效应,所以一些国家以两极化刑事政策来分别处遇重罪与轻罪。<sup>[12]</sup>与两极化刑事政策的和缓层面相对应,缓起诉处分一方面被视为轻罪案件中被指控人的“福利”,另一方面缓起诉处分实际上发挥了分流案件的作用,进而使国家能够整合有限的刑事司法资源集中应对重罪。由此可见,缓起诉制度不但可以起到分流案件的作用、减轻检察官的案件负荷,而且可以通过“去标签化”的理念对“误入法网”的轻罪案件中的被指控人进行矫治,所以缓起诉制度与两极化的刑事政策之间有着某种暗合。除了德、日、美等国以外,荷兰、比利时、法国等国均规定,在轻罪案件中被指控人可以与国家司法机关进行“条件交换”,以取得不起诉或缓起诉等“恩惠”处遇。<sup>[13]</sup>

### (三)被害人保护运动的兴起与缓起诉处分间的对接

“一个进步而完善的刑事司法制度,对被告与犯罪被害人诉讼权利的保障,应等同视之,不可偏废”。<sup>[14]</sup>随着二战后被害人学的复兴与演进,犯罪被害人在现代刑事司法中的角色重新受到关注,从传统的边缘化地位逐渐向刑事司法的中心靠拢,很多国家对刑事被害人建立了立体化的刑事保护政策。这种立体式的保护政策包括被害人协助、国家补偿、损害回复、恢复性司法等内容,传统刑事司法对被害人的冷漠与疏离得到了有效缓解。<sup>[15]</sup>与保护被害人的刑事政策相适应,在公诉程序中由检察官考量被害人的法益,将被害人与刑事被告人间的和解、修复程度作为缓起诉处分之根据的追诉理念应运而生。例如,德国刑事司法在二战后发展出了所谓“刑罚第三元”的“损害回复”制度,即由检察官权衡被害人与刑事被告人间均衡协商与复原情况来决定是否提起公诉。<sup>[16]</sup>日本早在1922年便在法典中规定了缓起诉制度,现行刑事诉讼法第248条更是明确规定:检察官可以根据“犯罪后的状况”,视被害人与刑事被告人和解、修复的情状而决定是否适用缓起诉处分。<sup>[17]</sup>我国台湾地区2002修正的刑事诉讼法第253条规定:在轻罪刑事被告人“向被害人道歉、立悔过书及向被害人支付相当数额之财产或非财产上之损害赔偿”情状下,检察官可为缓起诉处分。<sup>[18]</sup>有关国家和地区设置缓起诉制度后,在缓起诉程序中倾听被害者的声音以及对被指控人附加赔偿义务,为在刑事司法中曾处于边缘化的被害人建构了新的保护政策。同时,通过被害人与被指控人间的和解及人际关系的修复,现代刑事司法将被害人的赔偿诉求前置(而不是通过判决),进而实施“非刑罚化”政策下的“修复性司法”。<sup>[19]</sup>

[11] 参见郑善印:《两极化的刑事政策》,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,台湾五南图书出版公司1998年版,第735页以下。

[12] 例如,美国1994年通过《暴力犯罪控制与执法条例》(三振法案),对于二次累犯以及重罪之毒品犯、暴力犯,如果再犯可论处两倍最高限之刑罚。参见刘东根:《两极化——我国刑事政策的选择》,《中国刑事法杂志》2002年第6期。

[13] 参见谢煜伟:《宽严并进刑事政策之省思》,台湾《月旦法学杂志》2005年第11期。

[14] 刘勤章:《犯罪被害人诉讼权利之研究》,台湾《警大法学论集》第8期。

[15] 例如,在美国被害人保护运动兴起之前,被害人在刑事司法中不过是检控方举证中的“棋子”,其“二次受害”之惨淡经历曾经是司空见惯,但在上个世纪60年代后,随着“被害人协助”、“暴力犯罪补偿法”、“证人保护”等制度的建立,被害人的保护制度总体上已趋成熟。参见林辉煌:《建构犯罪被害人司法保护体系——美国制度之借镜》,载《刑事诉讼之运作——黄东熊教授六十秩晋五华诞祝寿论文集》,台湾五南图书出版公司1997年版,第370页以下。

[16] 参见卢映洁:《犯罪被害人在德国法的发展》,《台大法学论丛》第34卷第3期。

[17] 参见[日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第171页;[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(上),丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第177页。

[18] 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(下),台湾元照图书出版公司2003年版,第73页。

[19] “修复性司法”(restorative justice)源于美国,在定义上有纯粹模式(purist model)与最大化模式(maximalist model)之争,后者主张可以将间接强制因素加入而促成双方修复。但严格而论,美国并无德、日式的缓起诉处分,因为美国的检察官并无权力在庭审前科以刑事被告处分或强制被害人与其和解,其仅将被害人与被告人关系作为辩诉交易的考虑因素而已。参见谢如媛:《修复性司法的现状与未来》,台湾《月旦法学杂志》2005年第3期。

## 二、起诉法定原则之可能违反——缓起诉处分的隐忧

就上述缓起诉处分背后的追诉理念而论,相对传统的报应刑罚观而言,缓起诉处分在应对高犯罪率(国家在高效处理轻罪后集中有限的司法资源来对付重罪)、保护被害人、去犯罪标签化等方面显示了其优势,从而与后工业化国家的犯罪控制要求相适应。但建构在特殊预防、两极化处遇、社区犯罪治理等刑事政策下的缓起诉制度存在着正、负两面,如果用之不当,则有损害起诉法定原则之风险。

### (一)缓起诉处分对法官保留原则的可能侵蚀

所谓“法官保留原则”(Grundsatz des Richtervorbehaltes),是指“将特定的公法上事项保留由法官行使,并且也仅法官始能行使的原则。”<sup>[20]</sup>就现代刑事诉讼中的正当程序理念而言,任何对刑事被指控人的重要实体性处分都必须遵守程序法定原则。由于缓起诉制度在性质上属“实体性处分”(可以对被指控人科处各种附加义务),所以用之不当则有侵蚀“法官保留原则”之风险。从诉讼原理分析,检察官的这种实体性处分权极易使其从“站着的司法官”走向“法官前的准法官”,从而在庭审前实际扮演“准法官”的角色,并损害现代刑事诉讼中的控审分立原则。首先,由检察官全权处分被指控人,不仅会使缓起诉处分带上非正式刑罚的色彩,还会使检察官享有某种事实上的审判权而回归到“纠问式”诉讼的老路上去。其次,在法官未介入缓起诉处分的情形下,被指控人的同意可能徒具形式意义,因为面对着拥有国家追诉权的检察官,其可能慑于权威及迅速终结诉讼的愿望听任检察官的“越位”处分。<sup>[21]</sup>再次,作为现代刑事诉讼之脊椎概念之一的无罪推定原则有可能会因缓起诉处分而流于虚置。因为缓起诉之刑事被指控人虽未经法庭判决而事实上承受了检察官所科处的“准刑罚”,以“去犯罪标签化”为目的缓起诉处分所实际达到的功效究竟如何,颇有疑问,因为缓起诉处分有可能会强化轻罪案件中被指控人的犯罪标签。最后,从诉讼原理而言,对被指控人重大的实体性处分应当由中立的法官为之,对刑事被指控人的定罪权应当专属于法院而非行使公诉权的检察官。因此,如果缺乏“法官保留原则”对缓起诉处分的有效制衡,就会有剥夺被指控人基本诉讼权利之危险。德国刑事诉讼法典第153条规定:只有经过被告与法官的双重同意,检察官才可以为缓起诉处分,正是为了防止缓起诉处分侵蚀法官保留原则。

### (二)可能沦为检察官案件负荷之下的“脱手条款”

在两极化刑事政策的影响下,检察官为了应对日益加重的案件负荷,可能会生“小案小办”之思路,将多数的轻罪案件以缓起诉处分脱手。若如此,则缓起诉处分则会虚实难辨,其“虚”在于假借两极化刑事政策,声称将轻罪案件中被指控人“去犯罪标签化”,而“实”则借缓起诉条款规避案件负荷而草率处分轻罪案件中的被指控人,可能使公诉程序沦为快速的“流水作业”。由于缓起诉处分本身建立在扩张检察官权限的基础之上,对于该公诉裁量权如果缺乏有效的司法审查,则可能使缓起诉制度沦为检察官的“脱手条款”,可能会使缓起诉处分所寓含的特别预防、保护被害人、再社会化等刑事政策落空。将缓起诉处分建立在两极化的刑事政策之下,体现了对“威吓与怀柔并济”政策的信奉,可能会使整个刑事司法陷入对重罪与轻罪两极处遇的泥潭之中,从而违反刑法中的罪刑均衡原则。如果我们深入探究,设置两极化刑事政策的根本意旨其实是从国家权力角度来配置刑事司法资源以有效治理犯罪,被害人与被指控人在国家权力体系中仍处于“边缘化”地位。<sup>[22]</sup>所以,对两极化刑事政策的信奉或许会使缓起诉处分以更“便利”的形式将轻罪案件中的被指控人“入罪化”,国家刑事司法也

[20] 林钰雄:《刑事诉讼法》(上),台湾元照图书出版公司2003年版,第87页。

[21] 参见黄翰义:《论缓起诉处分在台湾刑事诉讼法上之检讨》,台湾《月旦法学杂志》2005年第12期。

[22] 对两极化刑事政策的批判主要集中在:对重罪与轻罪的区分易流于肆意;将重罪犯“妖魔化”,加重犯罪人的标签化;加深大众对重罪犯人的冷漠与疏远;国家刑事司法通过社区矫正逃避犯罪控制、治理责任等。参见前引[13],谢煜伟文。

进而巧妙地将犯罪控制、治理的责任转嫁给大众与社会。如果缓起诉处分缺乏有效的法律规制,则造成的最终结果或许是:检察官为脱手案件而从快处分被指控人,缓起诉处分“去标签化”、“保护被害人”、“社会归复”等功能被架空,实际上成为检察官规避起诉法定原则的“避风港”,犯罪的治理则因此会陷入“失序—治理—失序—再治理”的恶性循环之中。简言之,如果缓起诉处分的设置以节省司法成本为终极价值,那么被害人的损害回复诉求、犯罪人的社会复归化、刑法谦抑性等立法意旨有可能会流于形式,起诉法定原则对缓起诉处分所实际发挥的制衡作用则会大打折扣。

### (三)程序间的竞合与冲突

由于缓起诉处分是在检察官权衡“公共利益”之后而为的“附加处分”或“起诉犹豫”,所以其与微罪不起诉、相对不起诉及简易程序间极易产生分界上的困难,可能会使缓起诉处分演化为检察官“模棱两可的另类出路”,即检察官在难以理清程序间的相互关系之下,随意选择程序。<sup>[23]</sup>以德国与我国台湾地区的立法为例(日本式缓起诉并无重罪或轻罪的限制,可以适用于所有案件),缓起诉处分适用范围限于存在犯罪嫌疑的轻罪,但是此范围与相对不起诉及简易程序之间可能会产生冲突与竞合。相对不起诉是检察官在起诉时认为证明犯罪嫌疑的证据量不足的前提下,而作出的非实体性的不起诉处分(发现新证据可以重新起诉);缓起诉处分要件中的“足够犯罪嫌疑”并不苛求证据量足以达到有罪判决之要求,而且缓起诉因属实体性处分而产生确定力(受一事不再理之约束)。如果相对不起诉与缓起诉之间因在证明度上的重合而发生程序上竞合时,赋予检察官不受限制的公诉裁量权是否会衍生负效应?以微罪不起诉与简易程序的适用而论,由于其以轻罪为程序标的,当其与缓起诉处分发生竞合时,检察官应当如何权衡“一般预防”与“特殊预防”之下的所谓“公共利益”?<sup>[24]</sup>在“司法绩效主义”的影响下,检察官面对着程序间的竞合是否会迷失方向而一概以缓起诉处分应对或一概放弃起诉裁量而提起公诉?就附带民事诉讼程序而言,检察官是否会为司法绩效而强令被害人与被指控人和解,“以刑逼民”地在审前以缓起诉程序终结被害人之民事诉求?<sup>[25]</sup>对上述问题如果缺乏深入的探究以及实务的检验,那么建立缓起诉制度的最终结果,可能不仅不能促进诉讼效率,而且可能徒增当事人之讼累,因为当事人如果对缓起诉处分不服,可能频繁地申请复议并要求启动司法审查程序。

## 三、我国建构缓起诉制度的困境与出路

### (一)我国建构缓起诉制度面临的困境

#### 1. 检察官之角色定位影响缓起诉处分的实际功效

缓起诉处分,其本质是建立在起诉便宜主义之下的检察官裁量,所以,缓起诉制度下的检察官角色定位以及检察文化对于缓起诉制度的实际功效将会产生深远的影响。简言之,在不同的公诉制度下,人的因素会影响缓起诉处分之具体功效。例如,在审查起诉程序中,如果将一般预防与特殊预防的判断完全交给检察官,那么,根据何种标准来认定被指控人具有“再社会化”及“不会再犯”的可能性,则依赖于不同检察官对具体案件的认知水准。而且,起诉裁量权的行使能否实现刑法的谦抑功能,在一定程度上取决于该国的检察体制与司法体制。如果一国尚未实现检察官独立、检察系统的自治化以及检察官的精英化,那么缓起诉处分的实际运作效果必然会受影响。以日本为例,其赋予检察官充分的自由裁量权,而且禁止法官庭前介入,法官无权审查缓起诉处分。这种几乎不受限制的起诉裁量权可能会损害“法官保留原则”,但是在日本,缓起诉处分实际上并未损害法律秩序的安定,这主

[23] 前引[18],林钰雄书,第77页。

[24] 有学者主张,在简易程序与缓起诉处分竞合时,应当首先考虑缓起诉,因为缓起诉处分可以避免短期自由刑之弊并收除罪化之效。参见张丽卿:《验证刑诉改革脉动》,台湾五南图书出版公司2003年版,第100页以下。

[25] 参见林钰雄:《鸟瞰二〇〇二年刑事诉讼之修法》,台湾《本土法学杂志》第33期。

要是因为日本检察官在公诉程序中(在检察一体化与检察自治之前提下)实际充当了“精密司法官”的角色。<sup>[26]</sup>不过,日本的缓起诉模式是否可为其他国家效仿则尚存争议,因为日本特有的检察文化促使检察官对于一般预防及防止再犯产生强烈的使命感。<sup>[27]</sup>如果在我国移植缓起诉制度,那么检察官在“起诉法定”与应对案件负荷之间,能否自始至终履行“客观性义务”则颇有疑问。事实上,我国的检察官制度与德、日、美等国的制度存在理念与路径上的不同。具体而言,在我国现行检察制度中要求检察官“以事实为根据、以法律为准绳”,这与日本检察官的“精密司法官”地位存在差距;同时,由于我国目前公诉程序仍以“一般预防”为重心,检察官并非诉讼中之“当事人”,所以轻率引入美国公诉模式(检察官拥有绝对化的不起诉裁量权)则更是南辕北辙。<sup>[28]</sup>虽然从形式上看,我国检察官的角色似乎与德国检察一体化下的“司法官”近似,但是我国检察官的公诉裁量权却不似德国检察官那样拥有制度上的保证,如检察系统对外独立于行政并且办案检察官的起诉裁量权不受其他检察官的非法制约。因此,在缓起诉制度的各种配套措施建立之前,如果盲目地引入缓起诉制度,可能会损害起诉法定原则,并且产生检察官以“小案小办”的方式迅速脱手轻罪案件之现象。

### 2. 不起诉率异常偏低制约缓起诉处分“除罪化”功能之实现

从我国目前不起诉制度运作的实际状况看,不但法律规定的不起诉裁量权有限(只有微罪不起诉与相对不起诉两种),实际的不起诉率不到5%(以全部审查起诉案件为基数),司法实践中检察官几乎是“有罪必诉”。<sup>[29]</sup>在对我国不起诉率异常偏低的状况进行反思之后,有学者主张通过扩张检察官的起诉裁量权来充分“分流案件”,进而实现宽严并济的刑事政策。<sup>[30]</sup>但是,我国不起诉率偏低的深层原因一方面在于一般预防之下的报应刑罚观,另一方面则源于检察官在错案追究制下通过放弃不起诉来规避法律风险。在“朴素的报应观”与“规避法律风险”的双重夹击下,盲目扩张检察官的不起诉裁量权,不但无助于缓起诉处分“除罪化”功能的发挥,反而会促使检察官以缓起诉方式草率地附加实体性处分,将大量轻罪案件中的被指控人未经审判而“入罪”,因为检察官要集中精力处理重罪案件。另外,实行缓起诉制度的基本条件之一是检察官行使自由裁量权不受上下级检察官之干涉,但在我国目前由检察委员会审查不起诉决定的模式之下,扩张检察官裁量权所实际达到的功效恐要大打折扣,因为如果检察官为了规避个人风险而将案件提交检察委员会讨论决定,则难以期待检察官通过缓起诉制度实现对被指控人的“出罪”功能。

### 3. 社区司法与被害人保护制度的双重缺位阻碍缓起诉制度之设置

无论是美国式的“修复性司法”、“中间处遇”,还是德、日式的损害赔偿、被害人和解制度,其为缓起诉处分的运作提供了基本的保障。美国虽无缓起诉的概念,检察官仅能根据不同案件情况决定是

[26] 对于检察官的缓起诉处分不适用“准起诉程序”,至于检察审查会实际所发挥的功能也大打折扣,因为一方面检察审查会审查结果对检察官无法定拘束力,另一方面只有不到1%的案件检察官最后改变了原不起诉决定。参见陈运财:《日本检察官之起诉裁量及其制衡》,载《刑事诉讼之运作——黄东熊教授六十秩晋五华诞祝寿论文集》,台湾五南图书出版公司1997年版,第332页。

[27] “由于长期担任公诉任务,日本的检察机关形成了专司起诉的强大而统一的官僚组织,作为诉讼专家集团其追诉能力和诉讼能力非常强大。”彭勃:《日本刑事诉讼法通论》,中国政法大学出版社2002年版,第13页。

[28] 美国检察官是行政化的起诉官与司法中的当事人角色的混合,检察官无权要求被害人与被告人和解或对被告人进行其他实体性处分,其不起诉处分权由于其当事人身份而完全由其自由决定,并无德国式的强制起诉且无须受法院司法审查,被害人也无再议申请权。参见杨城、单民:《中外刑事公诉制度》,法律出版社2000年版,第110页。

[29] 参见陈光中、[德]汉斯-约格·阿尔布莱希特主编:《中德不起诉制度比较研究》,中国检察出版社2002年版,第168页以下。

[30] 有关扩展检察官不起诉裁量权的主张不胜枚举,其理由往往是借鉴德、日式的起诉便宜主义,但德、日两国的起诉便宜主义并不相同,而且基本前提是保证检察官的“法律守护人”地位,我国检察官能否遵守客观性义务并执行“特殊预防”的刑事政策,恐怕颇有疑问。参见樊崇义、张建伟:《自由裁量与不起诉制度的完善》,《人民检察》2000年第6期;张小玲:《刑事诉讼中的“程序分流”》,《政法论坛》2003年第2期;刘秋平、刘再春:《刑诉之暂缓起诉制度探析》,《内蒙古农业大学学报》2004年第2期。

否不起诉,但因其立体式的被害人保护制度同时配之以健全的社区司法,所以美国刑事司法可以在保护被害人利益的同时而对犯罪人完成“社会复归”的任务,不必通过缓起诉处分来矫治犯罪,因为“修复性司法”可收异曲同工之妙。<sup>[31]</sup>德、日等国不但于上世纪60年代后建构了全面的被害人保护体系,而且有关被缓起诉人的保护观察制度相当完善。我国目前无论是在被害人补偿制度上,还是在社区司法上,尚存在空白地带(例如对于“流动人口犯罪”的社区化治理)。其实,缓起诉处分运作的重要保证在于社区司法的发达以及国家对于被害人利益的关注,但是就我国目前的犯罪治理体系而言,尚缺乏相关的制度保障。加之,我国目前尚难以建立一套行之有效的被害人保护制度,被害人因民事赔偿及国家补偿制度的缺失,很可能难以与被指控人形成和解,被指控人可能因无力赔偿被害人的损失而遭受更为严厉的程序性制裁——被提起公诉。所以从支撑缓起诉制度所必需的社区司法与被害人保护政策而言,我国目前尚难以进行脱胎换骨式的缓起诉制度改革,而只能在吸收缓起诉制度的合理内核后从微观上进行局部性的制度调整。

## (二)缓起诉制度的本土化建构

从缓起诉制度所寓含的“除罪化”、“宽严并济”、“被害人保护”、“社会复归”等刑事政策而言,引入缓起诉制度,无疑有助于改革我国的刑事司法理念。但是,在构建我国的缓起诉制度时,应注意其可能产生的负效应,并注意使其与我国现行的公诉制度相衔接。

### 1. 限制缓起诉处分的适用范围

在我国目前以一般预防为重心、检察官独立受限、社区司法缺失等背景下,对缓起诉制度的法律移植应当慎之又慎。首先,从适用范围来看,日本式的检察官起诉犹豫制度(对所有罪名、罪行都可裁量适用)<sup>[32]</sup>难以为我国所接受,我国未来的缓起诉处分宜适用于可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的轻罪案件,应当将重罪案件排除在缓起诉处分范围之外;其次,与德国法将缓起诉处分适用所有的轻罪刑事被告不同,我国缓起诉处分的适用主体不宜过度扩张,在社区司法与被害人国家补偿制度建立之前,应当限制在未成年人犯罪案件;再次,检察官在作出缓起诉处分时,应当以个案认知来权衡一般预防与特殊预防之轻重,以公共利益来认真考察未成年人犯罪再社会化之可能性;最后,缓起诉处分之“保护观察”及“附加义务”需由社会团体或公安机关进行有效监控。

### 2. 缓起诉处分的司法审查

从德、日等国的缓起诉处分救济方式来看,主要有“申请再议”、“检察审查会制度”、“准起诉程序”等。我国目前对于不起诉决定的救济主要有“申请复议复核”(刑事诉讼法第144条)与“被害人自诉”(第145条)及“被不起诉人申诉”(第146条)三种途径。从诉讼学理而言,缓起诉处分在性质上属于检察官行使公诉裁量权,因此并非所有内容都可以适用日本式的“准起诉程序”或德国式的“强制起诉程序”来审查。<sup>[33]</sup>以我国台湾地区2002年修法情况而论,其将缓起诉处分以“交付审判”制来审查,但是该规定不但对诉讼效率造成冲击,对于检察官以“公共利益”而为之缓起诉处分是否可以由法院审查也颇成问题。<sup>[34]</sup>日本式的“检察审查会”所发生的实际效能非常有限,最终由检察官改变原不起诉

[31] 具体包括1965年加州《暴力犯罪被害人补偿法》、1976年民间“协助被害人全国联盟”、1981年“全国犯罪被害人权利周”、1982年《被害人及证人综合保护法》、《被害人补偿法》等。前引[15],林辉煌文,第370页以下。

[32] 日本在赋予检察官起诉便宜权的同时,还规定了司法警察的微罪处分权,所以严格而论在检察官起诉犹豫时的案件已被司法警察分流。参见郑昆山:《日本法制上警察之行政质问权与司法侦查权之纠葛》,载《法与义——Heinrich Scholler教授七十寿祝贺论文集》,台湾五南图书出版公司2000版,第474页。

[33] 日本的准起诉程序与缓起诉无关联,因为不但准起诉所适用的罪名是“公务犯罪”,而且准起诉程序要件是对检察官违反起诉法定原则而为司法审查,该程序不适用于缓起诉;德国由于在缓起诉决定作出前须经被告人与法院的双重同意,所以缓起诉不适用强制起诉程序。

[34] 参见吴伟豪、陈运财:《缓起诉制度实务运作状况之检讨——以台北、台中、云林地方法院检察署为调查中心》,台湾《东海大学法学研究》第18期。

诉处分的案件不过是“沧海一粟”。<sup>[35]</sup>从我国现行刑事诉讼法第145条所规定的不起诉自诉救济途径来看,该条款在实务中几乎处于虚置状态。至于被不起诉人之申诉途径,由于不起诉决定主体与审查主体间的混同(包括上下级检察院),实际效果如何则更值疑问。所以,笔者主张对缓起诉处分审查以德国式“事先审查”制为参照,因为事后审查(准起诉或强制起诉制)与缓起诉的便宜裁量属性及诉讼经济目的相矛盾。即在缓起诉决定作出前,应当征得被指控人的同意,由法官对缓起诉处分之适用范围及证明标准进行司法审查。即使检察官不服法院审查结果,也不得提起“抗告”。

### 3. 缓起诉处分程序竞合时的处理原则

为了避免缓起诉制度与其他程序间所可能产生的冲突与竞合,不仅应当从立法上明确各自适用的范围,而且应当由检察官考察一般预防与特殊预防冲突下的“公共利益”如何(担当法律守护人的角色),并要求检察官在遵守客观化义务前提下而为便宜处分。从刑法的谦抑功能而言,微罪不起诉时检察官权衡的重心应当在于特殊预防,只要微罪案件中被指控人无再犯之危险,则应当以微罪不起诉处分;缓起诉处分则要在一般预防与特殊预防间进行慎重权衡,以是否“累犯”、“慢性习惯犯”、是否为未成年人等因素判断“公共利益”所受侵害的程度如何;简易程序则是在以缓起诉处分仍不能矫正犯罪人情形下,而将轻罪刑事被告交付审判。从微罪不起诉、缓起诉处分、简易程序三种程序对被指控人利益所可能产生的影响度而言,前后存在由轻至重的关系。所以,当简易程序与缓起诉处分竞合时,如果在犯罪证明度、“防止再犯可能性”、“维护公共利益”等刑事政策上检察官仍然存疑,则应当优先适用缓起诉处分,原因在于缓起诉处分的“去犯罪标签化”要优于简易程序,简易程序的最终判决可能带来刑事被告人“入罪”的结果。就附带民事诉讼与缓起诉处分间的竞合而言,如果被害人与被指控人和解后达成赔偿协议,则被害人不得再另行提起附带民事诉讼。

---

**Abstract:** After rethinking the traditional idea of retributive punishment, modern criminal policies have made some turnings. Under the influence of criminal ideas such as polarization policy, victim protection, community rectification, de-crimination, etc., modern countries have re-examined the treatment of misdemeanor defendant in criminal procedure. But the deferment of prosecution, although functions to de-criminate the defendant, may also have some ill effects if applied improperly, destroying the principle of modesty in punishment. As to our country's prosecuting system, if the deferment of prosecution would be adopted in the future, we must definite its scope strictly and provide necessary judicial review procedures for defendants' rights.

**Key words:** deferment of prosecution, de-crimination, general defense, special defense

---

[35] 参见林顺昌:《借镜日本实况谈我国(台湾地区)缓起诉制度》,台湾《月旦法学杂志》2005年第3期。