

论“告诉才处理”案件的追诉形式

王一超

内容提要:“绝对自诉主义”未关注国家与个人诉权之间的平衡,将对“告诉才处理”案件的追诉错误地理解为是被害人的私事。在司法实践中,这种理解不仅会造成诉讼资源的浪费,被害人因取证困难而无法获得救济也是常见的现象。对“告诉才处理”案件进行法解释学分析后发现,对此类案件应采公诉与自诉并举的追诉模式。被害人可根据具体情况,自行选择启动公诉或提起自诉。“告诉”的本质是诉讼条件,它会制约刑事追诉整体的合法性。在公诉过程中,无论是在侦查、起诉还是审判阶段,告诉欠缺或撤回,均应从程序上终止诉讼。被害人有自诉权,但现行自诉制度的设计妨碍了其诉权实现。应当区分起诉条件、诉讼条件和有罪判决条件。立案时只需对形式性的起诉条件做出审查,而对诉讼条件和有罪判决条件需在法庭审判阶段进行“二元复式”审查。当条件欠缺时,分别做出不受理裁定、驳回起诉裁定和无罪判决。

关键词:告诉才处理 自诉 诉权 诉讼条件

王一超,清华大学法学院 2011 级博士研究生。

一 问题的提出

侮辱、诽谤案、暴力干涉婚姻自由案、虐待案和侵占案是我国《刑法》明定的五类告诉才处理的案件类型。根据《刑事诉讼法》第 204 条第 1 款的规定,上述五类案件在自诉案件的适用范围之中。《刑事诉讼法》第 18 条第 3 款规定:“自诉案件,由人民法院直接受理”。据此,有观点认为:告诉才处理的案件排斥法院以外其他国家公权力的介入,自诉是唯一可选的追诉形式。笔者称之为“绝对自诉主义”。

然从比较法方面观察,“绝对自诉主义”乃极具中国特色的规定。暂且不论在美、法、日等采“公诉垄断主义”的国家,公诉是所有刑事案件的唯一追诉形式。在兼采公诉与自诉两种追诉形式的法域之下,被害人也可以选择向侦查机关或者法院“告诉”,而择一启动公诉或者自诉程序。例如,《德国刑事诉讼法》第 158 条第 2 款规定:“告诉才处理的犯

罪行为,告诉必须向法院或检察院以书面形式或制成笔录的形式为之,向其他机关必须以书面形式为之。”〔1〕再如,根据台湾地区“刑事诉讼法”第 242 条第 1 项规定,告诉应以书状或言词向检察官或司法警察官为之;第 323 条规定,告诉乃论的犯罪,被害人亦可提起自诉。简言之,比较法经验显示,告诉才处理与自诉之间没有必然的对应关系,此类案件同样可采公诉的追诉形式。

大陆独采的“绝对自诉主义”客观上造成了对告诉才处理犯罪的追诉困难。实践中,被害人及其家属直接向法院提起自诉,很难被受理,更难获得胜诉。自诉手段处于一种几近虚置的状态;但是被害人想要诉诸公诉,却苦无途径。这就导致刑法有关告诉才处理犯罪的规定,因为追诉形式的制约而无法落实。鉴于此,本文拟对“绝对自诉主义”的现状进行检讨。通过对相关法律条文进行解释学分析,探究立法的态度,为告诉才处理案件选择符合诉讼规律,且有利于诉权保障的追诉形式。并在此基础上,提出不同追诉形式下,诉权行使应注意的问题。

二 对“绝对自诉主义”现状的检讨

“绝对自诉主义”是对大陆目前告诉才处理案件追诉形式的概括。此概念包括三方面的含义:第一,被害人及其家属只能直接向法院提起自诉,而无权向公安机关或检察机关提出控告,以启动公诉程序。第二,公安机关和检察院没有义务亦无权受理被害人针对此类案件的控告。如果遇有被害人控告,应告知其直接向法院起诉。〔2〕第三,如果此类案件是以公诉形式移送至法院,法院没有裁判的权力和义务。法院若在审理过程中发现属于告诉才处理的案件,不得做出裁判,而应退回人民检察院,并告知被害人有权提起自诉。〔3〕

立法之所以采自诉方式作为告诉才处理案件的唯一追诉形式,是基于以下三方面考虑。首先,自诉最有利于保障被害人的追诉自主权。被害人可以自主选择是否自诉,是否撤诉,国家公权力无从干预。其次,此类案件往往案情简单,证据搜集较为容易。被害人通过自诉就可以实现救济。再次,绝对自诉主义有助于实现诉讼经济。告诉才处理的案件往往较为简易,以自诉方式处理可以避免浪费有限的司法资源,从而集中力量处理其他复杂的公诉案件。

然而,上述观点将对此类案件的处理错误地理解为是被害人的私事,国家对被害人的“私事”既不干预,也不给予帮助,国家在其中缺位了。绝对自诉主义在被害人的诉权保障,及诉讼效率的追求方面并无益处。在对绝对自诉主义现状加以检讨之前,有必要先对相关法律规定的立法宗旨予以明确。

告诉才处理旨在实现国家和个人诉权的平衡。实际上,在告诉才处理的犯罪中,被害

〔1〕 文中有关《德国刑事诉讼法》的翻译,参见宗玉琨译注:《德国刑事诉讼法典》,知识产权出版社 2013 年版。

〔2〕 参见《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《公安机关规定》)第 173 条第 1 款:“经过审查,对告诉才处理的案件,公安机关应当告知当事人向人民法院起诉。”

〔3〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《最高院解释》)第 181 条。

人不是唯一的受害者,犯罪侵害的依然是国家及个人的双重法益。刑事诉权主体也具有二元特征,^[4]一方面,被害人因其个人法益受到侵害,享有刑事诉权;另一方面,犯罪因侵害了社会公共秩序,也侵害到了国家利益,国家亦享有诉权。二者的不同仅在于,国家诉权并不由其天然享有,而是来自于个人诉权的让渡。正如洛克所言:“在这个社会中,每一成员都放弃了这一自然权力,把所有不排斥他可以向社会所建立的法律请求保护的事项都交由社会处理。”^[5]

此外,由于国家是一个虚拟的集合概念,虽实质上享有诉权,但不可能亲自去行使,只能交由公诉机关代为行使。在公诉和自诉两种制度中,刑事诉权分别由国家及被害人,或者自诉权人享有,具体行使诉权的则为公诉机关和自诉人。被害人的诉权在两种追诉形式中都有所体现。但在公诉中,诉权的享有主体与行使主体分离,一旦国家与被害人的利益有分歧,两种诉权之间就可能存在冲突。

公诉形式下,国家诉权与被害人诉权之间的冲突存在两种可能:一为公诉机关无视被害人的追诉意愿,拒不起诉;二为公诉机关无视被害人不追究的意愿,笃定起诉。针对第一种情形,在允许自诉的场合,国家将其从个人处获得的诉权再次让渡给被害人,允许其提起自诉。被害人可以直接向法院提起自诉,即使公诉机关拒绝起诉,其诉权保障也不致落空。我国《刑事诉讼法》第204条第3款有关“公诉转自诉”的规定即出于这样的考虑。至于公诉机关无视被害人意愿笃定起诉的情形,在通常的公诉案件中不成为问题,因为国家诉权相对于被害人诉权具有优先性,被害人个人在一般刑事案件中没有处分权利。只要案件达到法定起诉标准,公诉机关当然有权起诉。唯在告诉才处理案件中有所不同。此类犯罪较为特殊:它们往往发生在熟人之间,多数场合可以通过调解方式解决,且被害人可能不愿意让更多的人知道自己被侵害的事实,如果违反被害人意志提起诉讼,会产生相反的结果。^[6]告诉才处理犯罪对国家社会利益影响不大,被害人的追诉意愿权重更高。二者矛盾时,国家诉权应对私人诉权妥协,^[7]不得滥行起诉。

告诉才处理规定的核心价值是充分尊重个人法益主体的意志自由。^[8]根据利益人允许理论,告诉才处理案件中,国家诉权应尊重个人法益主体的意志自由,对私人诉权做必要妥协。该制度本身并非排斥公诉,而意为实现国家诉权和个人诉权的平衡。只是在国家滥行不起诉时,才将诉权再次让渡给被害人,允许其自诉。告诉才处理制度的理想状态应概括为国家“进退有度”:国家公权力“退”可以不干预个人的选择权;“进”可以适时介入,并对个人行使诉讼权利予以协助,实现对犯罪的最佳处理。^[9]因此,国家关于告诉

[4] 诉权具有平等性特征。在刑事案件中,控辩双方平等享有诉权。参见黄豹著:《刑事诉权研究》,北京大学出版社2013年版,第24页。然考虑到本文主要讨论控方选择的追诉形式,与被告入诉权的关联不甚紧密,故文中主要围绕控方诉权展开。

[5] [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2008年版,第52-53页。

[6] 参见张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版,第824页。

[7] 有学者认为,告诉才处理规定的本质是国家权力对私人权利的让渡。参见于志刚:《亲告罪的司法困境及其解决》,《法学》2008年第5期,第64页。笔者认为这样的概括并不全面,因为在公诉的场合,公权力只是向被害人意志妥协了,公诉权行使依旧掌握在公诉机关手中,此部分诉权并未转移到被害人处。

[8] 参见李立景著:《亲告罪要论》,中国人民公安大学出版社2003年版,第194-195页

[9] 参见于志刚:《亲告罪的司法困境及其解决》,《法学》2008年第5期,第67页。

才处理的立法宗旨意在平衡个人和国家之间的诉权,尊重个体意志自由,但是,现实中这样的立意却很难实现。

(一) 取证困难导致自诉难以实现救济

绝对自诉主义从程序上严格限制公权力介入。这从形式上看是避免了公权力对个人权利的不当干预,但矫枉过正,实际上是公权力不适当地退出了刑事诉讼活动。起诉条件、证明标准以及证明责任的规定,都是刑事诉讼法对控方行使诉权设定的法定障碍。在公诉案件中,上述障碍可以防止公权力的滥用。但绝对自诉主义要求被害人个人独立面对上述追诉障碍,这极易导致被害人的追诉权无从实现。

自诉不经历侦查阶段,国家机关亦没有义务协助侦查。自诉人可使用的取证手段与民事诉讼当事人类似,现代社会中所有合法强制措施的运用为国家所垄断,^[10]个人无权直接运用强制力保障侦查。为克服这一问题,民事诉讼中存在下述途径以缓解当事人的取证困难。

第一,民事诉讼承认自认。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》)第 8 条第 1 款规定:“诉讼过程中,一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的,另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。”不仅如此,司法解释还规定了拟制自认的情形,将当事人的“不置可否”以及代理人的承认均视为当事人的承认,^[11]以免除主张者对主张事实加以证明。

第二,民事诉讼规范可以通过举证责任倒置来避免举证的困难。民事诉讼中证明责任分配的一般理论是“法律要件分配说”,即“当事人必须对有利于自己的法规范的要件承担证明责任”。^[12]但在一般原则之外,一些特殊案件中存在举证责任倒置,即将原本应由一方承担的证明责任改由对方当事人承担。例如,《民事证据规定》第 4 条是有关特殊侵权诉讼证明责任分配的规定,其中有关医疗行为引起的侵权诉讼的规定,是典型的举证责任倒置:不存在过错和因果关系的证明责任均在医疗机构一方,而不由受害人举证。此外,若存在证明妨碍,甚至也可以考虑将证明责任倒置给对方当事人,以寻求诉讼的公平性。^[13]

第三,民事诉讼中针对“证据偏在”和证明妨害问题,可以推定诉讼主张成立。例如,《民事证据规定》第 75 条规定:“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。”

第四,民事诉讼证明标准要求较低,只要求高度盖然性。民事证明不要求达到排除合理怀疑的程度,只要足以使法官相信“非常可能如此”即可。对于一些举证特别困难的案件,为了减轻当事人的举证负担,证明标准甚至还可再降低。^[14]民事诉讼证明标准的设

[10] 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,董世骏译,三联书店 2003 年版,第 33 页。

[11] 参见《民事证据规定》第 8 条第 2 款,第 8 条第 3 款。

[12] [德]莱奥·罗森贝格著:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社 2003 年版,第 159 页。

[13] 参见张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社 2009 年版,第 244 页。

[14] 证据偏在指大量能够证明法律要件事实的证据被集中控制于一方当事人,且往往是加害的当事人一方。参见张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社 2009 年版,第 220 页、第 241 页。

定体现了其对形式真实的追求。这从根本上降低了民事证明的难度,也是前述机制的正当性所在。

然而,民事诉讼中的上述机制在刑事自诉中并不存在。

首先,刑事诉讼追求实质真实,不认可被告人自认。“被告人供述”作为一种证据,与其他证据一样,法官需要查证属实,与其他证据综合加以认定。《刑事诉讼法》第53条第1款明确规定,“只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚”。被告人直接认罪,尚且不予认可,更遑论拟制的自认。

其次,刑事诉讼中的证明责任^[15]在于控诉一方。在自诉案件中,即由自诉人承担。无罪推定原则禁止将证明责任赋予被告人,法官亦不可自行裁量,转移证明责任。虽然刑事诉讼中也存在辩方提出证据的情况,^[16]但这不代表辩方要承担证明责任。须知证明责任分为行为意义上的证明责任和结果意义上的证明责任。^[17]前者在控辩双方之间转移,后者固定于诉讼一方。举证责任倒置,不仅仅意味着提出证据的责任要转移(即行为意义上的证明责任),更重要的意义在于,当事实真伪不明,承担不利诉讼后果的证明责任(即结果意义上的证明责任)的转移。一旦承认举证责任倒置,将动摇无罪推定这根刑事司法的“金线”。

再次,刑事诉讼中不得强迫任何人自证其罪,这项原则不仅禁止强迫获得被告人的口头供述,也包括非供述证据;^[18]更加禁止从被告的消极行为进行推论,以转嫁控方的证明责任,即法院不得单凭被告人的缄默认定其罪行。^[19]由此观之,推定诉讼主张成立之方案,在刑事诉讼中并不可行。刑事诉讼被告人不得被强迫提出对自己不利的证据,法院更不得因为被告人拒绝提出可能自陷于罪的证据,而推定被告人有罪。

最后,刑事诉讼要求很高的证明标准,不因案件采取公诉或自诉的追诉形式而有区别。即使是在自诉案件中,自诉人也必须达到“犯罪事实清楚,证据确实、充分”的程度,法院不可任意降低有罪证明标准。刑事诉讼兹事体大,事关人的自由乃至生命,自诉案件亦然。纵使证明有罪困难,亦不可放弃对实质真实的追求。倘使因为自诉人举证困难,而擅自降低自诉案件的证明标准,无异于饮鸩止渴,真实发现与人权保障两大价值将双双沦陷。

诚然,自诉人搜集证据并非完全孤军奋战,其可能获得三方面的协助:一为自诉人申请法院调查证据;^[20]二为法院依职权调查证据;^[21]三为公安机关向法院移交已取得的证

[15] “举证责任”与“证明责任”实为同一概念。二者只是在不同的概念中各自有习惯的表达方式,并无本质区别。参见张建伟著:《证据法要义》,北京大学出版社2009年版,第326-328页。

[16] 《刑事诉讼法》第35条:“辩护人的责任是根据事实和法律,提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益”。有人将此错误理解为是关于辩护人举证责任的规定,这是违背立法目的的“曲意释法”,不足取。参见万毅:《“曲意释法”现象批判——以刑事辩护制度为中心的分析》,《政法论坛》2013年第2期,第17-18页。

[17] 参见张建伟著:《证据法要义》,北京大学出版社2009年版,第337-338页。

[18] See ECHR, *Funke v. France*, 1993, Series A no. 256 - A.

[19] See *John Murray v. the United Kingdom*, Reports 1996 - I. 亦可参见林钰雄著:《刑事程序与国际人权》,元照出版社2007年版,第299-300页。

[20] 参见《最高院解释》第268条。

[21] 参见《刑事诉讼法》第50条;《最高院解释》第62条。

据。^[22] 然基于下述原因,此三种协助的成效十分有限。

第一,严格说来,申请法院调查证据并不是自诉人的权利,而只是一种特权。根据霍费尔德对“权利”的划分,权利相对于义务,其关系为:我要求,你必须;特权相对于无权利,其关系为:我可以,你不能要求我不可以。^[23] 自诉人申请法院依职权调查证据,法院并没有必须遵从的义务,仅在“认为必要”时,方“应当”进行职权调查。换言之,自诉人的申请不具有强制法院行为的效果。

第二,法院职权调查证据并不足以取代自诉人,代替其履行举证责任。法官的职权调查具有补充性质,以起诉方的证据已经达到起诉标准为前提,因此自诉人仍需承担主要的证据收集责任,独力证明案件已达到起诉标准。当且仅当自诉人的证明已达上述标准,法院才可依职权调查证据,与自诉人合力发现被告人是否有罪。^[24]

第三,公安机关向法院移交证据,有两项限制。一是以法院调取为前提。公安机关移交证据的义务对象是法院,自诉人在其中并无直接参与的空间,至多只能通过向法院提出申请,间接要求法院调取公安机关掌握的证据。二是公安机关移交证据以已经搜集到的证据和材料为限。自诉人在提起自诉前,若向公安机关寻求过行政帮助,其在行政处理过程中搜集到的证据虽可移交给法院作为刑事证据使用,但仅限于特定的证据种类。^[25]

此外,公安机关还可能在刑事受案审查及初查过程中获得一定的证据和材料。然而,公安机关在初查过程中不得使用强制手段,^[26] 相对于个人取证的优势并不明显,初查效果难以保证。在绝对自诉主义之下,案件不经历侦查阶段,公安机关难以通过移交证据或材料,实现对自诉人的有效帮助。

可见,绝对自诉主义假定自诉人在证据收集方面不存在障碍并不属实,实际上被害人个人的取证能力十分有限。自诉人一旦证据不足,法院就会不受理案件,劝说自诉人撤诉,或裁定驳回自诉。实践中,自诉案件的被害人常常因为提供不出充分的依据,或因诉讼双方力量对比悬殊等原因而缺乏自诉能力,被迫放弃对犯罪的追诉。^[27] 这势必妨碍被害人救济的实现。不仅如此,绝对自诉主义还将造成国家诉权的落空。贝卡利亚早已指出,“一切犯罪包括对私人的犯罪都是在侵犯社会”。^[28] 刑事案件中,国家因公共利益遭到侵害享有诉权,是不能忽视的事实。绝对自诉主义排斥公诉可能,国家诉权因在自诉制度下并无法定地位,诉权实现的途径被截断了。只有在自诉人诉权实现的场合,国家诉权才能得以实现。然而自诉人的刑事诉权尚且难以落实,更遑论“搭便车”的国家诉权? 故

[22] 参见《公安机关规定》第 173 条第 3 款。

[23] 参见沈宗灵:《对霍菲尔德法律概念学说的比较分析》,《中国社会科学》1990 年第 1 期,第 71 页;王涌:《寻找法律概念的“最小公分母”——霍菲尔德法律概念分析思想研究》,《比较法研究》1998 年第 2 期,第 154 - 155 页;万毅:《刑事诉讼权利的类型分析——以分析实证主义法学为视角》,《政法论坛》2014 年第 2 期,第 18 - 20 页。

[24] 我国台湾的林钰雄教授以公诉案件为例,说明检察机关的举证责任与法官职权调查的关系,笔者认为这一说明在自诉案件中同样适用。参见林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,法律出版社 2008 年版,第 167 - 179 页。

[25] 参见《刑事诉讼法》第 52 条第 2 款。

[26] 参见《公安机关规定》第 166 条、第 171 条第 1 - 3 款。

[27] 参见柯葛壮、张亚杰:《试论设立公诉案件“控告才处理”制度》,载《深化刑事司法改革的理论与实践——中国法学会刑事诉讼法学研究会年会文集·2009 年卷》,中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 101 页。

[28] [意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,大百科全书出版社 1993 年版,第 71 页。

国家借助自诉实现诉权,仅在逻辑上可行,实践中是“乌托邦”。

(二)绝对自诉主义有悖于诉讼经济的追求

绝对自诉制度设立的初衷之一是追求诉讼经济:将告诉才处理案件的处理限于自诉,可以集中公诉资源处理其他更加重大的案件。然而,实际运作效果却事与愿违。绝对自诉主义的推行有悖于对诉讼经济的追求。

一方面,自诉难以实现被害人的有效救济,社会矛盾未得到解决,侵害行为往往演化为更加严重的犯罪。长远看来,案件还是必须通过公诉处理,且投入的公诉资源必然更多。这一点在家庭暴力犯罪中尤为突出。家庭暴力犯罪愈演愈烈的重要原因之一就在于虐待罪功能缺位。家庭暴力犯罪中常见的类型有虐待罪、故意伤害罪、故意杀人罪。三种犯罪在实践中存在一个“循序渐进”的过程:如果对虐待的犯罪行为不及时追诉并妥善处理,不仅加害方的施暴行为可能愈演愈烈,受害一方还可能因不堪忍受而选择非理性的报复,从而演变为更加严重的故意伤害或故意杀人犯罪。2014年2月27日,最高人民法院就防治家庭暴力召开新闻发布会。从会上公布的司法干预家庭暴力的典型案例中可以发现,我国刑法关于虐待罪的规定,并没有成为防治家庭暴力的有力武器。例如,在“邓荣萍故意伤害案”^[29]中,被告人邓荣萍长期以来虐待养女,致使被害人“身体多处皮肤裂伤,数枚牙齿缺失”,依法符合一般虐待罪的构成要件。但是本案中对邓荣萍的刑事制裁并非针对其虐待的犯罪行为,而是因为其在一次施暴过程中致被害人左股骨骨折,构成轻伤,依照故意伤害罪对其定罪处罚。

公安机关无权启动公诉,只能建议被害人提起自诉。被害人一旦向法院提起自诉,又将面对上一节中提到的种种取证困难,诉讼救济依旧难以实现。然而,如果告诉才处理案件的追诉形式向公诉开放,被害人在向公安机关求助时,公安机关就可以明确其是否有告诉的意思,进而决定是否开展刑事侦查,启动公诉维护被害人的合法权利。在后一种制度设计中,国家机关提早介入,可以尽早控制犯罪,避免侵害行为恶化。后续的故意伤害以及故意杀人案件亦有可能避免。

另一方面,绝对自诉主义会因程序转化而加重诉讼成本。如果自诉是唯一合法追诉形式,一旦在审查起诉阶段或者在提起公诉后发现属于告诉才处理的案件,就必须转化追诉形式,公安司法机关先已实施的诉讼行为归于无效,必须由被害人另行提起自诉。^[30]司法实践中,很多侵害行为的性质难以界定,公安司法机关将本属于告诉才处理的案件当作一般案件处理并不鲜见。例如,虐待罪和遗弃罪^[31]的犯罪对象均为家庭成员,情况非常类似。在行为人对被害人冻饿、禁闭、有病不予治疗的场合,究竟构成遗弃罪还是虐待罪

[29] 基本案情参见《最高人民法院2014年2月27日新闻发布会材料(二):司法干预家庭暴力典型案例》,资料来源于最高人民法院网站,网址 http://www.court.gov.cn/xwzx/xwfbh/twzb/201402/t20140227_193008.htm,访问时间:2014年5月30日。

[30] 参见于志刚、鞠佳佳:《审查起诉阶段告诉才处理案件的程序困境及其解决》,《人民检察》2008年第9期,第20-24页;姚磊:《公诉后法院认为系告诉才处理案件的程序适用》,《中国检察官》2013年第7期,第11-13页。

[31] 根据《最高院解释》第1条第2款的规定,遗弃罪为《刑事诉讼法》第204条第2款规范的对象,即可自诉也可公诉。

存在争议。^[32] 如果该行为先被评价为遗弃而后被评价为虐待,则必须另行提起自诉,国家前期为公诉准备的投入一概无效。但是,如果公诉与自诉均是告诉才处理案件的合法追诉形式,只需补正告诉即可,先前的侦查与审查起诉工作仍旧有效,无需花费更大成本转换追诉形式。被害人如果表示不告诉,当即停止诉讼,不追诉的结果亦可迅速确定。

由上可见,绝对自诉主义误读了告诉才处理规定的宗旨,将此类案件的处理理解为纯粹被害人个人的事情。纵使赋予其自诉权,但自诉人的取证手段有限,诉权难以落实。国家机关空有强大的侦查能力,却因公诉制度缺位而苦无权限。被害人“有权利无能力”,国家机关“有能力无权力”。^[33] 本以诉讼经济为追求,制度运作却加重了诉讼的成本。有学者提出要在公诉程序中建立“控告才处理”制度。^[34] 但是,确立该制度必须依赖于刑事事实体法的修正。与其另起炉灶,不如对“告诉才处理”制度进行解释学分析,还原该制度的本质。

三 “告诉才处理”的法解释学分析

(一) 绝对自诉主义违背法律解释原则

“告诉才处理”在我国刑法和刑事诉讼法中均有规定,但法律层面的规定比较简约,没有对其明确解释。绝对自诉主义乃是公安司法机关在解释性规定中达成的默契。然而,从法解释学角度分析,上述规定并不具有正当性。

第一,法解释学适用必须遵循法律保留原则的自我限制,即只要立法已经对某法律问题做出决定,其对于法律适用者而言就是有约束力的。^[35] 立法创设乃“无中生有”,而司法解释需要“有中生有”。^[36] 解释不应逾矩,僭越立法之处应属无效。《刑事诉讼法》第204条只是规定自诉案件“包括”告诉才处理的案件,并未限定只能通过自诉进行刑事追诉。公安司法机关的规范性文件擅自将其限缩为绝对自诉主义,与法律的明示规定相矛盾。

第二,解释法律应遵循“让路原则”,即在法律解释过程中,如果存在无需损害任何利益即可实现所追求目的的可能,应优先选择这一解决方案。^[37] 对于告诉才处理案件的追诉形式,比较法提供了三种可供选择的方案:一是公诉垄断主义,以法国、日本为代表;二是我国大陆独采的绝对自诉主义;三是以德国、我国台湾地区为代表的公诉与自诉并举主义。三种模式各有利弊。

一是公诉垄断主义在保障刑事追诉方面具有优势,但在抑制检察官滥行不起诉问题上优势不足。公诉垄断主义有助于在全国贯彻统一的标准,更加公平地行使追诉权,然其

[32] 参见黎宏著:《刑法学》,法律出版社2012年版,第706页。

[33] 参见于志刚:《亲告罪的司法困境及其解决》,《法学》2008年第5期,第67页。

[34] 参见柯葛壮、张亚杰:《试论设立公诉案件“控告才处理”制度》,载《深化刑事司法改革的理论与实践——中国法学会刑事诉讼法学研究会年会文集·2009年卷》,中国人民公安大学出版社2009年版,第97页。

[35] 参见[德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第15-16页。

[36] 张建伟:《刑事诉讼司法解释的空间与界限》,《清华法学》,2013年第6期,第28页。

[37] 参见[德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第87页。

弊端在于可能引发追诉权行使官僚化的问题，^[38] 检察官可能无视被害人的意见滥行起诉或不起诉。在告诉才处理案件中，告诉乃合法起诉的前提，一旦欠缺告诉，检察官径行起诉属于违法，将遭到驳回或免诉判决。但是如果被害人有追诉意愿，而检察官拒不起诉，单凭被害人个人却无法启动并支持追诉。针对检察官滥行不起诉的问题，法国有三种解决途径：(1) 通过检察长命令本人或指派他人提起公诉；(2) 通过受害人向刑事法院提出民事诉讼成为民事当事人，进而自动发动公诉；(3) 针对部分不起诉的情况，由上诉法院起诉审查庭进行职权审查。^[39] 日本设计有检察审查会和准起诉制度，对检察官不当的不起诉决定加以纠正。同时，为了克服检察官“被迫”支持公诉心生抵触，日本还规定由法院指定律师行使检察官职务，支持公诉。^[40] 需注意的是，上述设计是在并无自诉制度可资利用前提下的次优方案。我国刑事追诉以公诉为主，自诉为辅，若在追诉形式上仿效法、日，无异于舍近求远。

二是绝对自诉主义虽可以有效克服检察官滥行不起诉的问题，但却无法保障刑事追诉的顺利开展。该方案最主要的问题在于将对告诉才处理案件的追诉当作被害人的私事，将是否追诉及如何追诉完全放权给被害人。诚然，绝对自诉主义最有利于实现对国家权力的限制，然而，该方案在排除国家干预的同时也关上了国家帮助的大门。我国刑法规定的几类告诉才处理案件，虽然通常较为轻微，但犯罪行为仍具有多样性和复杂性的特点。被害人仅仅依靠受害经历所取得的证据有限，通过自诉实现救济的难度较大。实践中被害人诉权的实现常因取证困难而被迫流产，“告诉才处理”异化为“告诉亦不处理”，无法实现救济被害人的基本目的。

三是公诉与自诉并举主义尽管也面临挑战，但其集中上述两种方案的优势也是明显的：除非被害人告诉，否则不得启动公诉，借此可遏制国家滥行追诉，并可借助公权力克服私人取证的困难，保障救济实现；保留自诉手段亦可发挥遏制国家滥行不追诉的作用；被害人理性选择追诉程序，还可以减少不必要的诉讼环节，节约国家有限的司法资源。

三种方案相比较可以发现，公诉与自诉并举主义综合了其他两方案的优势，同时克服了各自在抑制检察官滥行不起诉及保障被害人实现救济方面的缺陷。此外，该方案还兼顾了诉讼经济。因此，根据让路原则，告诉才处理案件与其他自诉案件不同，只有当被害方向法院起诉时才是自诉案件，反之，若向其他机关告诉，则是公诉案件。^[41]

第三，法律解释应尽量维护的“法的统一性”。这不仅要求法律解释应以“法律术语的同义性”为导向，即对同样的术语应尽可能做同样的解释，也要求法律解释的结果与法的其余部分兼容，没有矛盾。^[42] 笔者认为，绝对自诉主义支持者的依据有二：一为告诉才处理的字义解读；二为对《刑事诉讼法》第 204 条中“包括”的解读。然仅凭“法的统一性”

[38] 参见[日]田口守一著：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 122 页。

[39] 参见[法]卡斯东·斯特法尼、乔治·勒瓦索、贝尔纳·布洛克著：《法国刑事诉讼法精义（下）》，罗结珍译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 502 - 503 页。

[40] 参见[日]田口守一著：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 132 - 136 页。

[41] 参见张明楷：《对“告诉才处理”的另类解释》，载樊崇义主编：《刑事诉讼法学前沿问题与司法改革研究》，中国人民公安大学出版社 2010 年版，第 233 - 234 页。

[42] 参见[德]齐佩利乌斯著：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社 2009 年版，第 69 页。

原则,便可推导出上述两项依据与绝对自诉主义是根本矛盾的。一方面,我国立法的表述是“告诉才处理”,而未采用“自诉才处理”,暗指告诉与自诉不同。即使没有提起自诉,只要存在合法告诉,就不应妨碍刑事追诉的开展。另一方面,《刑事诉讼法》第 204 条规定有三款内容,应采取统一的解释逻辑。如果仅凭“包括”二字就可将第 1 款解读为绝对自诉主义,第 2 款和第 3 款亦应如此解释。然而,第 3 款规定的“公诉转自诉”案件显然不属于绝对自诉的范畴。根据《公安机关规定》第 173 条第 2 款的规定,^[43]亦可推知《刑事诉讼法》第 204 条第 2 款规定的内容也不在绝对自诉之列。同一条规定,三款内容的解释彼此矛盾,足见绝对自诉主义无法逻辑自洽。因此,单从《刑事诉讼法》第 204 条第 1 款的规定只能解读出,告诉才处理案件的被害人有权自诉的权利。至于其是否可以选择公诉形式,并无限制。为探究此类案件的追诉形式,应回归到“告诉才处理”本身的字义解释。

(二)“告诉才处理”的文本解释

“告诉才处理”并非舶来品,我国古代称为“告乃坐”。例如《唐律·斗讼》“殴伤妻妾罪”中《疏议》曰:“须妻、妾告,乃坐。”我国古时的“告”、“诉”同义,^[44]均有述说以及控告、告状之意;但各有偏重,用作控告时,“告”偏重于告发,“诉”偏重在陈述。^[45]古代多用“告”代表控告,与劾相对,二者均为古代的“起诉”方式。根据沈家本的理解,“告、劾是二事,告属下,劾属上”。^[46]告是一般民众向官府举发犯罪;劾特指官员对案件的揭发。根据控告主体的不同,“告”可再细分为自告、告诉与告发,分别对应行为人的自首;受害一方提出的控告;行为人及受害者以外其他人提出的控告。^[47]

有观点认为,既然我国古代的告诉是受害方向衙门提出控告,则现代告诉的对象应为法院无疑,将其理解为自诉并无不妥。然而,这种观点忽视了我国古时诉讼的特点,错将告诉理解为一种起诉的方式。殊不知,古时告诉只是一种揭发犯罪的方式,而非起诉方式。在封建诉讼模式下,没有现代意义的自诉可言,所有犯罪都是由国家作为追诉者。告劾只是国家获知犯罪的材料来源,更近似于现今《刑事诉讼法》第 107 条和 108 条关于立案、报案等的规定,不能等同于自诉或者公诉。此外,告诉在公诉中有其地位,这也是也符合比较法经验的。特别是在我国台湾地区,告诉的对象是检察官或司法警察,告诉是受害方向侦查机关做出的行为。由于现代刑事诉讼引入公诉、自诉两种不同的追诉形式,“告诉”发展至今,其表现形式更为复杂,具体可通过下表予以展示:

不同追诉形式下的“告诉”

追诉形式	对应概念	告诉对象	后续处理
公诉	控告	公安机关、人民检察院、人民法院	受理或移送主管机关处理;启动公诉程序
自诉	自诉	人民法院	审查决定是否受理;启动自诉程序

[43] 参见《公安机关规定》第 173 条第 2 款。

[44] 《说文解字·言部》:“诉,告也。从言,斥省声。”

[45] 王力主编:《王力古汉语字典》,中华书局 2000 年版,第 1270 - 1271 页。

[46] [清]沈家本撰:《历代刑法考》,邓经元、骈宇騫点校,中华书局 1985 年版,第 1372 页。

[47] 参见郑禄:《唐代刑事起诉制度》,《法学评论》1985 年第 3 期,第 28 页。

解释现代意义上的“告诉”需要从以下几个方面着手：

第一，告诉的本质是一种揭发犯罪的方式，而非起诉。这也是区分“告诉才处理”与“不告不理”的关键所在。“不告不理”原则产生于罗马共和时期的弹劾式诉讼方式，意指没有控告人就没有法官，适用于包含民事诉讼、刑事诉讼在内的所有诉讼。“告诉才处理”是刑事诉讼的特殊规定，只针对刑法有明确规定的案件适用。该规定的立法目的在于尊重被害人的意志自由，与控审分离的要求无关。

第二，告诉的主体是被害人。只有在被害人因受强制、威吓无法告诉时，人民检察院和被害人的近亲属才可以告诉。^[48] 在被害人不能告诉时，人民检察院和被害人的近亲属都有权代行告诉，但不得与被害人明示的意思相反。^[49]

第三，在告诉的内容方面，有三点需要注意：（1）告诉必须有刑事追诉的意思，仅陈述案情不成为合法的告诉。例如，民国时期“最高法院”1929年上字第1031号判例：“刑法第三百十五条之罪，须告诉乃论。本案被诱人仅在某甲管理委员会历述被害事实，究竟有无希望诉追之意，尚未明白表示，自应由原审传案讯明，或嘱托该氏所在地之县府就近调查，方足以资论断。”（2）因有些告诉才处理的犯罪行为具有隐蔽性，故告诉时不要求告诉人正确指出行为人。例如，民国时期“最高法院”1935年上字第2193号判例认为：“告诉乃论之罪，……毋庸指明犯人，苟已指明犯罪事实，诉请究办，纵令犯人全未指明或误指他人，其告诉仍属有效。”（3）被害人不是专业法律人士，告诉时的罪名即使不正确或有遗漏也不影响告诉的合法效力。例如，我国台湾地区“最高法院”1984年台上字第5222号判例：“告诉乃论之罪，告诉人之告诉，只须指明所告诉之犯罪事实及表示希望诉追之意思，即为已足。其所诉之罪名是否正确或无遗漏，在所不问”。^[50]

第四，告诉需有一定时限，逾期不得提出。如此规定的理由在于：“追诉在未经告诉以前，是否追诉，悬而待定，此种状态，不宜听其日久继续。”^[51] 从比较法经验上看，告诉时效多限制为6个月。例如，《日本刑事诉讼法》第235条规定：“告诉才处理的犯罪，自知悉犯人之日起经过6个月时，不得告诉。”^[52] 《澳门刑法典》第107条第1款规定：“自告诉权人知悉事实及知悉做出事实之正犯之日起计，或自被害人死亡时起计，或自被害人成为无能力之人之日起计，经过六个月期间，告诉权消灭。”我国法律没有关于告诉时效的规定，只能遵循有关追诉时效的规定，^[53] 远长于6个月。诉讼关系长期处于不确定状态，对

[48] 参见《刑法》第98条：“本法所称告诉才处理，是指被害人告诉才处理。如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉”。该规定常被误认为是“告诉才处理”的解释，其实只是规定了告诉的主体。

[49] 参见王兆鹏、张明伟、李荣耕著：《刑事诉讼法（上）》，承法数位文化有限公司2012年版，第521页。

[50] 本部分民国时期及台湾地区的判例资料来源于“法源法律网”，网址：<http://www.lawbank.com.tw>，访问时间：2014年7月15日。

[51] 此乃台湾地区“刑事诉讼法”第237条的立法理由。参见林钰雄主编：《刑事诉讼法》，新学林出版社2011-2012年版，第A-495页。

[52] 参见《日本刑事诉讼法》，宋英辉译，中国政法大学出版社2000年版。

[53] 《刑法》第87条规定：犯罪经过下列期限不再追诉：（一）法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；（二）法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年；（三）法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年；（四）法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

被告人亦属不利,应适时修法予以补充。

对“处理”的理解同样需要考虑到我国古代的制度背景。“告诉才处理”在我国古代称为“告乃坐”。“处理”对应于“坐”,指被定罪。^[54]但因当时没有诉讼阶段的概念,侦查、起诉、审判混同在一起,故“坐”应相当于现代意义上的“进入刑事诉讼程序”,亦即国家以强制力干预。具体而言,“处理”不仅包括最终定罪,还包括为落实国家刑罚权而做的其他准备工作:一是没有合法告诉或告诉撤回,法院自然不得做出有罪判决;二是欠缺告诉,检察机关提起的公诉不合法;三是虽然侦查也是国家强制力参与的重要场合,但告诉不应作为侦查的条件。理由在于,被害人可能不会在第一时间提起告诉,如果严格以告诉为侦查开展的条件,极易错失获取证据的最佳时机。据此林钰雄教授认为,为避免被告逃逸、证据灭失,即使没有告诉,国家仍应发动侦查,必要时甚至可以羁押行为人。^[55]此外,作为国家侦查的补充,公民对于现行犯有扭送的权利。^[56]在此场合,无论是否已经存在合法告诉,都不影响公民的扭送权利。

四 追诉形式应向公诉开放

告诉才处理与绝对自诉主义之间并无关联。对此类案件的追诉既可以通过自诉,亦可通过公诉形式实现,且后者在取证方面更具优势。唯因我国大陆司法实践长期排除此类案件的公诉处理,故追诉形式向公诉开放,有必要明确以下两方面的问题:其一,告诉在公诉程序中的法律定位为何;其二,一旦公诉与自诉并举,可能遇到哪些挑战以及相应的解决路径。

(一) 公诉中“告诉”的本质——诉讼条件^[57]

国家刑罚权能否落实的直接依据在于刑事实体法规范是否得到了满足,而诉讼条件是实体审查的前提。在司法程序上,为避免不必要的思考,审查实体法规定(初级规范)的可适用性之前须首先审查有关的程序条件(次级规范)是否具备。如果无需经过繁琐的审查即能迅速而轻易发现某一程序条件实际上不具备,则可以此为由直接驳回起诉。^[58]上述先行审查次级规范的过程即为诉讼条件的审查过程。这与德国诉讼法学家标罗(Bülow)的“先程序,后实体”思想相对应。标罗认为诉讼本质上是一种法院与双方当事人之间的“诉讼法律关系”。诉讼要件是诉讼法律关系成立的前提条件,而诉讼法律关系成立又是法院审理实体法律关系的前提。诉讼审理不仅要审理当事人之间的实体法

[54] 参见王力主编:《王力古汉语字典》,中华书局2000年版,第152页。

[55] 参见林钰雄著:《刑事诉讼法(上)》,元照出版社2010年版,第48页。

[56] 参见《刑事诉讼法》第82条:对于有下列情形的人,任何公民都可以立即扭送公安机关、人民检察院或者人民法院处理:(一)正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的;(二)通缉在案的;(三)越狱逃跑的;(四)正在被追捕的。

[57] 民事诉讼领域习惯使用“诉讼要件”的表述,为做区分,刑事诉讼领域适用“诉讼条件”的表达。早在1920年,朝阳大学使用的《刑事诉讼法讲义》中便已采用刑事诉讼条件的概念。参见朝阳大学编辑:《刑事诉讼法》,吴宏耀、种松志点校,中国政法大学出版社2012年版,点校说明及第十章。

[58] 参见[德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第129页。

律关系,也应判断诉讼要件是否具备。^[59]“民事诉讼法是核心和基础,其他专门的诉讼法,甚至包括刑事诉讼法,都是以民事诉讼法的模式为基础演变而成的”。^[60]民事诉讼领域提出的诉讼要件理论对于刑事诉讼亦具有重要的借鉴意义。

大陆法系通说认为,对于告诉才处理的案件,告诉是一项诉讼条件。^[61]刑事诉讼条件的功能在于确保诉讼整体的合法性。例如,德国的罗克辛、许迺曼教授认为,刑事诉讼条件关系到整个诉讼的合法性。^[62]日本的田口守一教授认为,诉讼条件是指诉讼程序有效成立并持续下去的条件。^[63]林钰雄教授也认为,“维系整个诉讼程序的合法与否”是诉讼条件的本质。^[64]

可见,刑事诉讼条件实乃刑事追诉条件。^[65]对于告诉才处理的案件,告诉是刑事追诉的合法性前提。一旦确定被害人没有告诉意愿,或者被害人提出告诉后又撤回,刑事诉讼便没有开始的必要,已经启动的诉讼程序没有继续推进的正当性。尽管告诉并非发动侦查及采取强制措施的必然条件,但如果受害人明确表示放弃告诉,公安机关启动刑事侦查便属徒劳。检察机关在决定是否起诉时,也必须考虑是否已具备合法告诉。若欠缺此一诉讼条件,提起公诉不合法,不得进行刑事追诉。如果公安或检察机关在处理其他案件的过程中,发现存在告诉才处理的犯罪行为,同样应当积极探究是否存在告诉,以免后续的侦查及起诉行为陷入不法。就此问题,台湾地区的经验具有参考意义。例如,台湾地区“刑事诉讼法”第242条第2款规定,“检察官或司法警察官实施侦查,发见犯罪事实之全部或一部系告诉乃论之罪而未经告诉者,于被害人或其他得为告诉之人到案陈述时,应讯问其是否告诉,记明笔录”。

将告诉理解为诉讼条件是从积极角度对其性质的界定。从消极方面看,欠缺告诉是一项诉讼障碍。诉讼条件与诉讼障碍“逻辑上对等”,二者只是对同一问题从积极和消极两方面的表述。诉讼条件没有得到满足,案件不得进行实体审理,只能做出程序性裁判;若存在诉讼障碍,需从程序上停止诉讼。有学者认为告诉欠缺或撤回乃犯罪构成阻却事由。^[66]笔者不能赞同,理由在于,若存在犯罪构成阻却事由,法院只能据此做出无罪判决。然而,在欠缺告诉的场合,法院应在形式裁判与实体无罪判决中,选择有利于被告人的一种裁判终止诉讼:如果行为人具有可罚性但因欠缺诉讼条件不能作实体有罪判决,则应做出终止审理的程序性裁判;如果行为没有可罚性,或者不能达到有罪的证明标准,为避免诉讼障碍排除之后追诉程序继续或者再引入一个新的诉讼,法院应当做出具有既判

[59] 参见孟涛、潘水良:《论罗诉要件理论的创立》,《政治与法律》2008年第5期,第155-156页。

[60] [美]约翰·亨利·梅利曼著:《大陆法系》(第二版),顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第118页。

[61] 参见 Claus Roxin, Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, Verlag C. H. Beck München, 2012, § 21, Rn. 1; [日]田口守一著:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第145页;林钰雄著:《刑事诉讼法(上)》,元照出版社2010年版,第239页。

[62] Vgl. Claus Roxin, Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, Verlag C. H. Beck München, 2012, § 21, Rn. 1.

[63] [日]田口守一著:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第140页。

[64] 林钰雄著:《刑事诉讼法(上)》,元照出版社2010年版,第239页。

[65] 关于刑事诉讼条件功能的讨论,参见王一超:《论国家教唆之下被教唆人的诉讼救济——以刑事诉讼条件理论为视角》,《中国刑事法杂志》2014年第3期,第93-95页。

[66] 参见李立景:《论告诉才处理的法律定位》,《当代法学》2004年第3期。

力的无罪判决,以实现对被告人的保护。^[67]

(二) 开放公诉可能面临的挑战及解决路径

在关于告诉才处理案件的三种追诉模式中,公诉与自诉并举主义相对可取,但这并不意味着此方案不存在任何挑战。所幸,比较法经验已经为该方案可能遭遇的各种挑战指明了解决路径。

第一,被害人不一定在侵害发生后立即告诉。在侵害行为发生后,被害人提出告诉之前,国家机关处于十分尴尬的境地。一方面,国家发动侦查的最佳时机转瞬即逝,告诉亦非侦查的前提条件。公安机关有权在前述“时间差”内开展侦查,获取证据,甚至可以采取必要的强制措施。但另一方面,告诉是刑事追诉的条件。如果欠缺告诉,检察机关不会起诉,法院也不能做出有罪判决。法律允许被害人在告诉期间内犹豫是否提出告诉,甚至尊重其放弃告诉的自由。如果公安机关在前述“时间差”进行侦查,但被害人却没有提出告诉,已经进行的侦查行为归于无效,公安机关必须撤案。诉讼资源遭到了浪费,承办人可能因为撤案在年终考核时遭遇不利测评。不仅如此,倘若公安机关采取了羁押性强制措施,依据我国《国家赔偿法》第 17 条第 1 款和第 2 款,公安机关还需承担赔偿责任。

为避免上述尴尬,公安机关需要衡量两个要素:一为是否有告诉的预期;二为采取强制措施的强度。^[68]即使当下没有告诉,不代表永远没有告诉。在受案审查及初查阶段,如果承办人员凭借办案经验,预期有提起告诉的可能,就可以立案侦查;反之,则不应开始侦查。侦查过程中强制措施的使用需以必要为原则。如果确实需要采取羁押性质的强制措施,应在申请批准的同时询问被害人是否有告诉意愿,若被害人表示不提出告诉,则不应采取强制措施,避免社会成本的浪费。如果侦查机关并不知晓被害人是谁或来不及询问被害人,为了确保侦查效果,也只可以暂时留置嫌疑人,并积极寻找被害人,探究追诉的意愿。

第二,“告诉”条件之具备并非一劳永逸。即使在诉讼启动当时存在合法告诉,后续也可能因为告诉的撤回而引发诉讼条件的欠缺。在自诉程序中,自诉人有程序决定权,可撤回自诉以终结程序。撤回告诉在自诉中不存在困难,然公诉中的情况比较复杂:在公诉程序下,刑事追诉是一个线性过程,判决确定之前历经立案、侦查、审查起诉、审理和判决若干诉讼阶段,而被害人提出或撤回告诉,仅在一个时间点完成。告诉的撤回具有“牵一发而动全身”的效果。被害人撤回告诉可能导致先已进行的公诉活动失效。承认告诉才处理案件的公诉处理,就必须回答以下三个问题:一是公诉启动之后,被害人是否可以撤回告诉?二是如果被害人可以撤回告诉,有无时间限制?三是被害人撤回告诉后,是否可以再行提出告诉?

从恢复性司法的思维出发,即使已经启动公诉,被害人仍有撤回告诉的权利。因撤回告诉而中途停止追诉看似造成诉讼资源的浪费,实际上起到了“止损”的作用,可以避免继续推进无谓的公诉程序。根据告诉才处理的立法目的,被害人可通过行使告诉权制约

[67] 参见 Lutz Meyer-Goßner, *Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse*, Verlag C. H. Beck München, 2011, S. 34。

[68] 参见王兆鹏、张明伟、李荣耕著:《刑事诉讼法(上)》,承法数位文化有限公司 2012 年版,第 532 - 533 页。

国家诉权的行使。此宗旨在刑事诉讼各个阶段一以贯之。告诉才处理案件多发生在熟人之间,这些案件达成和解的可能性相对较高。如果加害人在启动公诉之后,积极修复与被害人之间的关系,得到了被害人谅解,继续坚持追诉,实无必要。一般公诉案件的刑事和解中,国家机关裁量决定是否从宽处罚,且在放弃追诉问题上权力有限。与之不同,告诉才处理案件中,被害人撤回告诉有强制终结诉讼的效果,国家机关对此没有裁量的空间。一旦被害人撤回告诉,国家就应停止追诉,公权力自动退出诉讼。

从比较法经验看,各国家和地区都认可被害人提出告诉后撤回的权利。但是出于诉讼程序稳定的考虑,被害人撤回告诉有一定的时间限制。在时间节点的选择上有三种立法例。第一,被害人只在公诉提起之前可以撤回告诉。例如,《日本刑事诉讼法》第237条第1款规定,“在公诉提起以前,可以撤回告诉。”第二,只要在一审判决做出之前,被害人都可以撤回告诉。例如,《澳门刑法典》第108条第2款规定:“如嫌犯不反对告诉之撤回,告诉人得在第一审之判决公布前将之撤回”。第三,被害人撤回告诉限于一审辩论终结前。例如,台湾地区“刑事诉讼法”第238条第1项规定,“告诉乃论之罪,告诉人于第一审辩论终结前,得撤回其告诉。”

上述三种规定中,笔者认为将撤回告诉的时间限定在一审辩论终结前比较合宜。公诉程序下被害人撤回告诉对诉讼进行不直接产生影响,只可能通过检察机关撤回起诉间接发挥终结诉讼的效果。^[69] 具体而言,如果起诉后被害人撤回告诉,检察机关应撤回起诉,放弃刑事追诉。从规范层面看,《检察机关规则(试行)》第459条将检察机关撤回起诉的时间限定在“法院宣告判决前”,被害人撤回告诉似乎也受此限制。然而,在第一审的法庭审理过程中,对判决结果产生实质影响的诉讼活动在法庭辩论终结之前已经完成,此后至法院判决宣告,控辩双方无法再通过提出诉讼主张、举证等行为影响诉讼结果。被害人撤回告诉会对诉讼进程产生根本影响,自然不宜在辩论终结后提出。

此外,为了避免被害人反复提出并撤回告诉,恶意干扰诉讼进行,以及从维护程序安定性角度考虑,比较法多规定,被害人撤回告诉之后不可再行提起。例如,《日本刑事诉讼法》第237条第2项规定:“撤回告诉的人,不可以再行告诉。”《澳门刑法典》第108条第2款规定:“(告诉)撤回后不得再行告诉。”台湾地区“刑事诉讼法”第238条第2项亦规定:“撤回告诉之人,不得再行告诉。”

第三,公诉与自诉并举,两种追诉形式可能竞合。如何处理公诉与自诉的关系,是此方案相对于其他两种追诉模式的最主要挑战。针对此问题,笔者认为应当坚持三个原则。首先,公诉与自诉并非补充关系。^[70] 提起公诉不以被害人放弃自诉为前提,反之亦然,被害人可径行提起自诉,无需等待国家机关表示拒绝公诉。国家应尊重被害人的程序选择权。其次,虽然公诉与自诉均为被害人的合法权利,但从追诉策略角度考虑,宜以公诉为主,自诉为辅。正如有论者所概括的:“良以刑事案件,首重证据,证据之搜集,往往有赖

[69] 需注意,检察机关撤回起诉仅在采处分主义(或变更主义)的制度环境下适用。参见张建伟:《论公诉之撤回及其效力》,《国家检察官学院学报》2012年第4期,第100-101页。

[70] 参见 Claus Roxin, Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, Verlag C. H. Beck München, 2012, § 63, Rn. 8。

权力之行使,非被害人个人力量能进行,检察官侦查犯罪,有拘提、搜索、扣押、羁押及通缉等强制处分,且可调度司法警察人员一体进行,因而罪证较易求得,犯人难逃法网……自诉制度,人民纵有起诉之便利,但动则遭逢求证之困难。故除被害人握有确定证据便于提起自诉者外,当以经由公诉程序,较易获得公正之裁判。”^[71]再次,在处理竞合问题时,关键在于认识到公诉与自诉彼此排斥,针对一个案件,只能使用一种追诉方式。如此便不必困扰被害人在公诉与自诉之间频繁更换,令人无所适从。盖因无论公诉还是自诉,都会引发诉讼系属。案件一旦系属于一个法院,便不可同时存在其他的诉讼系属。在公诉与自诉并举主义之下,若被害人向公安机关提出告诉,启动侦查,公诉的准备活动即开始。在检察机关做出不起诉决定前,被害人不得向法院提起自诉。同理,如果被害人已经提起了自诉,且法院已经受理,则公诉之路亦被阻隔。即使自诉人经被告人同意后撤诉,再行提起公诉也需受到禁止双重危险规则的约束。

需要注意的是,检察机关协助自诉并不会改变追诉的性质,故不为自诉所排斥。《刑事诉讼法》没有赋予检察官独立的自诉参加权,检察机关无法通过出庭陈述意见或对自诉判决独立行使上诉权,参与到自诉中来。然而,在现有的制度框架下,检察机关仍可通过两种途径协助自诉。一是《刑法》第98条关于“检察告诉”的规定,落实在自诉中即为由检察官担当自诉。检察官担当自诉,并不因此而取代当事人的地位,只是因为被害人及其近亲属均无法告诉,由其充当代理人的角色。因此,担当自诉的诉讼行为不得与被害人的意思相反。除此以外,还可以借鉴台湾地区的经验,增设自诉人在辩论终结前丧失行为能力或死亡时,检察官担当自诉的规定,^[72]以免无人承继诉讼,而导致自诉程序无法进行。二是基于检察机关的法律监督者身份,对于自诉中的不予受理裁定、驳回起诉裁定与无罪判决,如果自诉人没有上诉或上诉后也没有得到有效救济,检察机关认为确有错误,可以依法启动审判监督程序。并且由于被害人逾期没有撤回告诉,检察机关启动审判监督程序亦无需再考虑被害人的追诉意愿。

五 以诉讼条件理论优化现行自诉制度

一旦追诉形式向公诉开放,权衡利弊之后,被害人选择自诉的比率应会降低。尽管如此,被害人的自诉权不容剥夺。更重要的是,无论选择何种追诉方式,都不应成为权利救济的制度性障碍。因此,应当优化现行的自诉制度,保障被害人选择自诉时的诉权实现。实践中,自诉难的关键在于立案受理难,此点与民事诉讼的“起诉难”问题十分类似,问题症结在于起诉条件高阶化。如果从诉讼条件角度切入分析将会有所裨益。

前文已述,在告诉才处理案件中,告诉乃为诉讼条件。自诉与民事诉讼十分相似,案件不经过侦查及审查起诉程序直接由自诉人向法院起诉。自诉中应当借鉴民事诉讼相关

[71] 王建今:《自诉制度存废问题之检讨》,载吴经熊、刁荣华主编:《中国法学论著选集》,汉林出版社1976年版,第400页。

[72] 参见台湾地区“刑事诉讼法”第332条:自诉人于辩论终结前,丧失行为能力或死亡者,……如无承受诉讼之人或逾期不为承受者,法院应分别情形,径行判决或通知检察官担当诉讼。

理论,将诉讼条件理解为实体裁判的要件。如此理解的直接作用在于,区分自诉条件与诉讼条件,纠正目前自诉标准的高阶化。

(一)纠正自诉条件和自诉标准高阶化

告诉与自诉的功能不同。尽管提起自诉是被害人告诉最直接的表达方式,但自诉却同时也承担着其他功能,最重要的便是起诉。然而,我国的自诉条件存在高阶化问题,诉讼很难进入实质审理阶段。自诉条件高阶化不仅直接妨碍了自诉人的诉权实现,而且间接导致法院对于各种裁判形式的误用。要纠正此问题,需要对现有的自诉条件进行过滤。

梳理我国自诉条件的相关规定可以发现,司法解释将起诉条件(即诉讼开始条件)、诉讼条件(即实体裁判条件)和有罪判决条件混同,抬高了自诉的门槛。《最高院解释》关于自诉条件的规定有三,即第 259 条、第 261 条和第 262 条。根据第 259 条,法院受理自诉案件有 6 项条件要求:(1)符合《刑事诉讼法》第 204 条和《最高院解释》第 1 条的规定,即案件类型合法;(2)属于本院管辖;(3)有被害人告诉;(4)有明确的被告人;(5)有具体的诉讼请求;(6)有证明被告人犯罪事实的证据。第 261 条规定自诉必须以书面方式提出。第 262 条规定了自诉状应当载明的内容。然而,在上述条件中,管辖与被害人告诉应属于诉讼条件;证据方面的要求应为有罪判决条件,此两类条件均应在法庭审理阶段予以审查。立案审查程序实质上是一个“诉讼前程序”,将诉讼条件和有罪判决条件混入起诉条件,是将实体审理的过程前移,^[73]加大了自诉的难度。诚然,抬高自诉的门槛有助于防范自诉人滥诉,缓解法院的受案压力,减少被告的讼累。但其弊端同样十分明显:其一,立案审查相对时间较短,其间审查实体内容难免仓促;其二,立案审查阶段不具有诉讼的外观,因不公开、非对抗而监督不足,易引发司法腐败;其三,最重要的弊端在于,自诉高阶化牺牲了自诉人的诉权。民众难以打开“法律之门”,会逐渐丧失对司法的信任。因此,现行自诉条件亟待过滤,确保起诉条件、诉讼条件和有罪判决条件各归其位。

具体而言,需要对《最高院解释》中的规定进行重新配置。《最高院解释》第 263 条是对起诉条件的规定,但第 2 款列举的各项条件为诉讼条件,并混入了作为有罪判决条件的证据要求。然而,立案审查阶段不应审查诉讼条件,而只需对起诉的形式要件进行审查,即只需审查是否满足第 261 条和第 262 条的规定即可。事实上,第 262 条有关自诉状应载内容的要求亦过高。对于自诉状的审查只需把握两个要素:一为有明确的被告人;二为有具体的诉讼请求。只要能够确定被告人,自诉状甚至不要求提供被告人的真实姓名,更无须写明被告人的住址、联系方式等具体信息。^[74]出于慎重刑事追诉的考虑,可以要求自诉人在自诉状中载明一定的证据方法,但无需达到可以判断有罪的充分程度。只要根据书状载明的证据可以判断被告人存在犯罪嫌疑,自诉人的追诉并非空穴来风,即符合起诉条件,法院应立案受理。

[73] 参见张卫平:《起诉条件与实体判决要件》,《法学研究》2004 年第 6 期,第 59 页。

[74] 公诉程序中检察机关制作起诉书,尚不要求写明被告人的真实姓名和住所。参见《检察机关规则(试行)》第 393 条第 3 款“被告人真实姓名、住址无法查清的,应当按其绰号或者自报的姓名、住址制作起诉书,并在起诉书中注明”。对于自诉人而言,不应要求更高。

《最高院解释》第 264 条^[75]和第 269 条^[76]应是对诉讼条件的规定,但现行规定将证据条件作为审查内容,是将诉讼条件与有罪判决条件混同。第 263 条规定的 7 项内容中有 5 项乃诉讼条件,即管辖、追诉时效、被告人死亡、撤诉及调解后再行起诉。法院在立案受理后,应当对此五项诉讼条件进行审查,决定是否开庭审理。至于“被告人下落不明”,属于诉讼中止事项。该事项并不影响法院立案受理,只是开庭审理需推迟,直至查明被告人下落。开庭审理也不以“犯罪事实清楚,有足够证据”为前提,证据条件需要在实体审理阶段,经过控辩双方对抗,才能予以认定。

纠正自诉条件的高阶化,不仅具有理论意义,而且对于被害人和被告人而言都具有现实意义。一方面,区分起诉条件与诉讼条件有助于保障被害人的刑事诉权。实践中自诉人在立案环节屡屡碰壁的问题可以得到解决。在提起自诉当时,被害人所需达到的证据要求降低了,案件更加容易进入自诉程序,从而进入司法救济的视野。然需要注意的是,诉权不同于胜诉权。纠正自诉条件的高阶化只是可以保障自诉案件顺利进入法庭审理,但不能确保自诉人一定获得胜诉判决。自诉人的诉讼请求能否得到法院的支持,还有赖于证据的充分程度。另一方面,将有罪判决所需的证据条件剥离出自诉条件,有助于法院依法做出无罪判决。被告人可以受到无罪判决的既判力保护。现行自诉制度将有罪判决的证据条件混入自诉条件当中,即使被告人确然无罪,案件也很可能直接被裁定不予受理或被裁定驳回起诉,很难进入到法庭审理。实践中自诉案件判决无罪的比例几乎为零,上述问题可见一斑。裁定属于形式裁判,即使没有上诉,或经过上诉后生效,也不具有实体确定力。从被告人角度考虑,如果可以认定其无罪,就应当通过判决形式做出。判决具有一事不再理或禁止双重危险的效果。行为人无需面对再次被追诉的危险,法的安定性也得到了维护。^[77]

(二) 结束不同裁判方式的适用混乱

自诉条件高阶化还间接导致实践中“不予受理裁定”、“驳回起诉裁定”与“无罪判决”使用的混乱。以证据条件为例,在不同阶段,法院针对此一相同的条件要求,却可以“合法”做出三种不同的裁判。事实上,上述三种裁判形式应分别适用于不同的阶段,各阶段审查的内容亦不相同。

第一,受理审查是立案庭工作的一部分,审查的内容是起诉条件。法院在立案审查过程中发现未达到起诉条件的,若无法补正,须先行说服自诉人撤回自诉;如果自诉人坚持,裁定不予受理。

第二,起诉受理后,案件系属于法院,诉讼状态开启。在开始实体审理之前,法院可先对一些较易于判断的诉讼条件进行审查。如果法院经过审查认为欠缺诉讼条件且无补正可能,应当先行说服自诉人撤回自诉;如果自诉人坚持,做出驳回起诉的裁定;如果未发现

[75] 参见《最高院解释》第 264 条:对已经立案,经审查缺乏罪证的自诉案件,自诉人提不出补充证据的,人民法院应当说服其撤回起诉或者裁定驳回起诉;自诉人撤回起诉或者被驳回起诉后,又提出了新的足以证明被告人有罪的证据,再次提起自诉的,人民法院应当受理。

[76] 参见《最高院解释》第 269 条:对犯罪事实清楚,有足够证据的自诉案件,应当开庭审理。

[77] 参见林钰雄著:《刑事诉讼法(上)》,元照出版社 2010 年版,第 643 页。

诉讼欠缺的情形,则应继续审理。^[78]

第三,诉讼条件的审查无需独立出来,可以与案件实体内容的审查过程融合。尽管标罗提出了“先程序,后实体”的审理思路,但这只是在逻辑上可行,实践中二者难以完全分开,时常交融在一起。

法庭审理应采“二元复式结构”^[79]:法院不必刻意追求诉讼条件与实体请求的审理先后,根据便捷合理的原则审理即可。如果被告显然无罪,可无需审查诉讼条件,直接做出无罪判决;如果法庭审理终结发现被告人有罪,并且没有发现欠缺诉讼条件的情形,做出有罪判决;如果在实体审理的过程中附带发现某一诉讼条件欠缺且没有补正的可能,可直接做出驳回起诉的裁定。需要注意的是,自诉侧重于尊重当事人意志,自诉人在判决宣告前,可以同被告人自行和解或者撤回自诉。

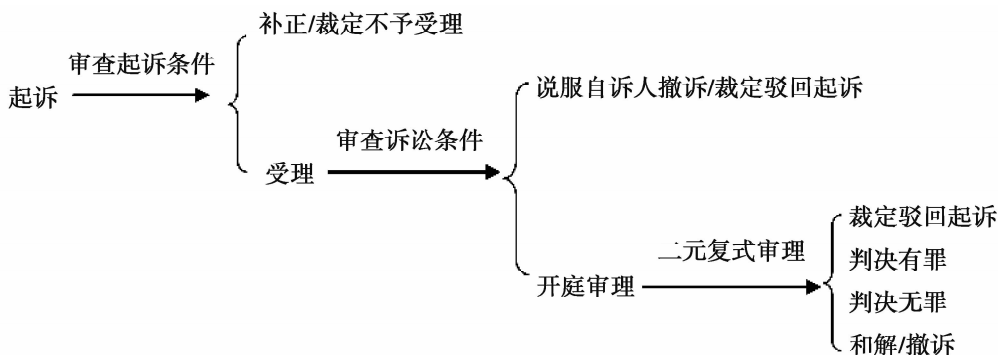
过滤现行自诉条件,须将起诉条件、诉讼条件和有罪判决要件各归其位,并明晰各自对应的裁判形式。三类条件之间是由低到高的关系。

第一,起诉仅要求形式性条件。法院立案不应作实体审查。如果起诉条件不满足,法院应谕知自诉人补正。补正通常不应有困难,但如果自诉人固执拒绝,法院应做出不予受理的裁定。

第二,诉讼条件为自诉案件的实体裁判要件,包括告诉、管辖等。欠缺诉讼条件对应的是驳回起诉的裁定。起诉受理发生诉讼系属,管辖权得以恒定,^[80]在之后审理过程中不再发生管辖问题。然而,由于告诉存在撤回的可能,故对于告诉要件的审查持续于整个诉讼过程。即使欠缺告诉,也应考虑补正的可能。

第三,证据是实体审理的内容,根据是否达到证明标准,法院做出有罪或无罪的实体判决。

二元复式结构下,证据与诉讼条件的审查结合在一起,虽均在法庭审理过程中,但与起诉条件断不应混淆。法官应区分情况分别做出有罪判决、无罪判决和驳回起诉的裁定。自诉案件中不同条件的审查阶段及对应的裁判形式如下图所示。



[78] 《刑事诉讼法》第205条区分了“开庭审理”与“裁定驳回”两种情形,但是对审查条件的规定不当。

[79] 该模式由张卫平教授提出,参见张卫平:《起诉条件与实体判决要件》,《法学研究》2004年第6期,第62-64页。

[80] 参见[德]罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德著:《德国民事诉讼法(下)》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第714-720页。

[**Abstract**] The doctrine of “absolute self-prosecution” ignores the balance of the right of prosecution between the state and the individual, and misunderstands the prosecution of “cases accepted at complaint only” as the private matter of the victim in such cases. In judicial practice, such a misunderstanding results not only in the waste of litigation resources, but also in the inability on the part the victim to obtain remedy due to the difficulties faced by him or her in the taking of evidence. An analysis of “cases accepted at complaint only” from the legal hermeneutic perspective shows that a mode of combination of public and private prosecution should be adopted in such cases. Namely, the victim in such cases should be able to choose between public or self prosecution in light of concrete circumstances. The essence of “complaint” is conditions of action, which affects the legitimacy of criminal prosecution as a whole. In a case of public prosecution, whether at the stage of investigation, prosecution, or trial, both defects in and withdrawal of complaint should lead to the termination of the proceedings. The victim has the right to self-prosecution. However, the design of the current self-prosecution system impedes the realization of this right. Distinctions should be made between conditions of prosecution, conditions of action, and conditions of guilt verdict. At the stage of placing a case on file, only the formal conditions of prosecution need to be examined. At the trial stage, a dual examination of conditions of action and conditions of guilty verdict need to be carried out. The court should either declare a case inadmissible, dismiss the prosecution, or make a non-guilty verdict if any of these conditions is not met.

(责任编辑:王雪梅)