

# 论刑事自诉担当的性质 ——以构成要素为视角

□吴卫军 乔明祥 [电子科技大学 成都 610054]

**[摘要]** 自诉担当是指被害人已经提起控诉,自诉程序已启动,但被害人由于丧失行为能力且没有其他法定代理人、近亲属代为自诉,而由国家公诉机关接替被害人行使控诉权的一种公诉性质的法律制度。对自诉担当的性质研究有赖于刑事自诉制度要素的统一,即犯罪行为具有违法性、犯罪行为所侵犯的客体是个人的权益、被害人能够依靠自身力量完成追诉行为;自诉担当后,检察机关不履行侦查职能,由第三人或公安机关行使;自诉担当后不容许反致。

**[关键词]** 自诉担当; 性质; 构成要素

**[中图分类号]** D924.13

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 1008-8105(2010)05-0051-04

## 一、问题之提出

近年来,在联合国关于《制定和实施刑事司法调解和恢复性司法措施》的第1999/26号决议、《关于在刑事事项中采用恢复性法案的基本原则》的第2000/14号决议以及多个国家实施恢复性司法原则的国际背景下,符合我国“以和为贵”传统儒教思想的刑事自诉制度悄然崛起,在1997年的刑事诉讼法修改中呈现出繁荣昌盛的态势,但同时也为学界所热议。随着对刑法理论探讨的不断深入,学界在自诉的含义、范围等话题上已基本达成共识,但对于沟通自诉与公诉制度的重要桥梁——自诉担当,研究得甚少。在已有研究中,笔者曾从比较法的角度对比了德国自诉担当模式与我国台湾地区自诉担当模式,最终从我国国情出发,认为德国模式的自诉担当制度更为合理<sup>[1]</sup>。兰跃军从自诉担当制度在我国具有理论基础为基点,对我国自诉担当也提出了一些建设性的见解<sup>[2]</sup>等等。但总体上看,学界对于自诉担当的含义、性质、范围等还存在较大分歧,对自诉担当制度的基本理论研究还远远不够深入。

“本质是事物的内在联系,是决定客观事物存在的根据”<sup>[3]</sup>。鉴于对自诉担当定性的基础决定作用,笔者意图从归纳构成刑事自诉制度的三要素出

发,采用逻辑推理的方式对刑事自诉担当的性质做详细的阐述,并提出几点鄙夷意见,以期为推动我国刑事诉讼制度改革献出微薄之力。

## 二、刑事自诉制度的构成要素

我们认为,对刑事自诉担当的研究始于自诉制度的研究,对刑事自诉担当的性质探讨更离不开统一自诉制度构成要素为理论支撑。同时,我们认为目前学界对刑事自诉范围的研究之所以争论不休,归根结底也是由于没有正视构成刑事自诉制度的三个要素。

第一,犯罪行为具有刑事违法性,但性质较为轻微,危害不大。首先,案件具有刑事违法性,应该受到刑事追究;其次是“度”——案件性质轻微,危害不大,没有严重影响国家、社会秩序。违法性较好判断,只要案件符合我国刑法分则中规定的罪名即可,至于“度”就极具主观性,就只能依据法官的自由裁量。但为控制法官随意的量刑,世界大多数国家都采取列举罪名、规定一定期限以下的有期徒刑等措施限制法官的自由裁量权。如《德国刑事诉讼法典》第374条第1款:被害人可以通过自诉途径对《刑法》规定的8类犯罪予以追究(非法侵入住居罪<刑法第123条>、侮辱罪<刑法第185条至第187条a条、第189条>、侵犯通信秘密罪<刑法第202

**[收稿日期]** 2010-06-18

**[作者简介]** 吴卫军(1975-)男,博士,电子科技大学政治与公共管理学院教授;乔明祥(1985-),男,电子科技大学政治与公共管理学院硕士研究生。

条>、伤害罪<刑法第223条、第223a条、第230条>、恐吓罪<刑法第241条>、毁损罪<刑法第303条>以及反不正当竞争法、专利法、著作权法、商标法、版权法等9项单行法规规定的轻微犯罪,共计20多种罪名,只有案件符合这些罪名时才按照自诉案件处理<sup>[4]</sup>;又如英国《犯罪追诉法》、我国六机关《若干规定》规定对被告人可能判处三年有期徒刑以下刑罚的轻微刑事案件可以提起自诉。当然,我国采取概括的方式设置自诉案件的范围,希望可以将刑事自诉案件的范围最大限度的扩张,将轻罪与非轻罪统统吸纳其中的做法是明显违背自诉发展的趋势<sup>[5]</sup>,同时也受到我国多数学者的质疑。在这里,笔者就不再详述。

第二,犯罪行为所侵犯的客体主要是个人的名誉、荣誉等人身、财产权益等。也即,被告人虽然违反了刑法,但没有对公共权益造成较大危害,只是对特定个人的名誉、荣誉等权益造成损害。有学者认为“任何刑事案件都是既危害被害人个人利益,同时也危害整个国家的秩序的行为”<sup>[6]</sup>、“一切犯罪,包括对私人的犯罪都是在侵犯社会”<sup>[7]</sup>。诚然,案件只要触犯刑法,那么就存在危及统治者秩序的消极影响。所以我们要澄清,自诉案件所侵犯的客体是指没有严重危害公共权益,对整个国家的安定、社会秩序的稳定并不会产生重大影响,而不是有些学者坚持的自诉案件只侵犯个人权益,不涉及公共利益的说法。

第三,犯罪行为的追诉能够依靠被害人自身力量完成。世界各国设定自诉的初衷都莫过于提高诉讼效率,节约司法成本。如果被害人不能依靠自身力量完成收集证据、向司法机关控诉、起诉等过程,那么整个自诉的设定就有违立法初衷。这一要素的统一为自诉担当的性质确定奠定了基础。

### 三、刑事自诉担当的性质分析

“国家权力的配置和运作,只有为了保障主体权利的实现,协调权利之间的相互侵犯,维护和促进权利平衡,才是合法、正当的、合理的”<sup>[8]</sup>。因此,国家司法机关代替被害人行使控诉权,有利于保障其有效地行使权力,从而促使诉讼主体在权力上趋于平衡。

关于刑事自诉担当的性质问题,学界目前分为以台湾模式的自诉性质和以德国模式的公诉性质。

一是自诉担当并不改变案件的自诉性质。该观点主要是以台湾学者陈朴生为代表,认为自诉担当不取代被害人的预告地位,案件也并不因此转化为

公诉案件,在符合法定条件即被害人能够或愿意继续诉讼时,检察机关应退出自诉程序,由原自诉人继续进行诉讼。正如,陈朴生所说,自诉担当实为“法定代理之另一形态”,检察官系以被害人之代理人身份出庭支持起诉,不具有国家公诉的性质<sup>[9]</sup>。

二是自诉担当后案件由自诉变为公诉性质。该观点为德国大多数学者所认同,并反应在德国《刑事诉讼法》中,“当检察机关认为自诉案件涉及公共利益的时候,就可以在判决发生法律效力前的任何阶段中以明确的声明接管追诉。或者法院认为应当由检察机关接管追诉时,向其移送案卷,从程序上来说,检察机关接管追诉,便终结了自诉程序,使自诉转为公诉”<sup>[10]</sup>。

鉴于学界对自诉担当性质的争论及对事物定性的重要性,笔者以研究自诉担当事由为基点,运用已有的自诉制度三要素研究成果,以推理的逻辑思维模式论证自诉担当后案件性质理所当然由自诉变为公诉性质。

在刑事自诉案件中,归纳学界对自诉担当的事由主要包括自诉程序启动后,由于某种原因自诉人不愿意继续参加诉讼或者某种原因导致被害人自诉不能等。笔者认为自诉担当发生事由主要包括:

第一,自诉担当必须发生在自诉程序启动后,诉讼程序启动前,或者自诉程序启动后,自诉人不愿参加诉讼的情形应该排除。有学者认为自诉担当既可以发生在诉讼程序启动前,也可以发生在自诉审理进行中。我们认为,对于自诉案件,应该坚持“不告不理”的基本原则。这样既尊重了被害人的处分权,同时也节约了司法成本,所以自诉担当只能发生在诉讼程序启动后;另外,也有学者认为自诉担当可以发生在自诉程序进行中,由于某种原因,自诉人不愿意参加诉讼的情况。我们认为,当自诉程序启动后,非因客观原因导致自诉人不能继续诉讼,而是因为自诉人不愿参加诉讼的情况,只要案件没有严重损害国家、社会利益时,检察机关不应担当自诉参加到诉讼中,原因同上。即使自诉人不愿参加诉讼,案件也严重危及到统治者秩序,这种情形只会产生自诉转公诉而非发生自诉担当(原因将在下文——比较自诉担当和自诉转公诉中详述)。在2003年台湾修订刑诉法时也是如此,其删除了经合法传唤,无正当理由拒不到庭或到庭不作陈述的情形。也即排除自诉人不愿继续诉讼而启动自诉担当程序。

第二,当自诉程序启动后,由于某种原因导致自诉人“自诉不能”。“自诉不能”包括三种情况:一是自诉人自身行为能力不能。比如被害人丧失行

为能力或死亡的,且无法定代理人、直系血亲或法定代理人、直系亲属不愿代诉的,从而导致被害人起诉后又不能独立的完成自诉;二是受外界、第三人的威吓、强制而不能告诉的;三是没有丧失行为能力,也没有受到外界威胁、强制,而是由于公安、检察机关的原因不能起诉(也即我国第三类刑事自诉案件)。我们认为应该排除后面两类“自诉不能”情形。原因:如果是因为受强制、威吓等外界原因而导致自诉不能,而启动自诉担当程序,由检察机关代替自诉人向法院控诉的话,势必会在我国有限的司法资源缺陷上雪上加霜。在充分尊重被害人的决定权的基础上,我们认为有两种方式可以解决此问题。1)根据最高人民法院《若干问题的解释》第187条规定“…因受强制、威吓等原因无法告诉的…其法定代理人、近亲属可以代为告诉…”,虽然此条被认为是“代为自诉”,其一般发生在诉讼启动前,我们可以借鉴“代为自诉”经验,由其法定代理人、近亲属以自诉人名义继续自诉;2)如果被害人因客观阻碍因素无法告诉,且没有法定代理人、近亲属代为告诉或不愿代为告诉的,我们认为可以由司法机关采取排除威吓、强制因素妨碍,而不是代替被害人行使自诉权。对于第三类“自诉不能”而导致诉讼无法继续,由于该类案件本来就不属于自诉性质,在学界也饱受批评,其实际是将公安机关和检察机关的职责转移到被害人身上,是不合情理的<sup>[1]</sup>。所以,在这里就不作详述。

因此,自诉担当必须发生在自诉程序启动后,因自诉人自身行为能力不能导致诉讼无法进行的情形。况且根据上面自诉权三要素原则的分析,此时自诉人已不能独立的完成整个诉讼过程,而由检察机关担当原自诉人向法院进行控诉。此时,案件已不再是自诉性质,而是变为公诉的性质。所以,我们认为自诉担当是指被告人已经提出控诉,自诉程序已启动,但被害人由于丧失行为能力且没有其他法定代理人、近亲属代为自诉,而由国家公诉机关接替被害人行使控诉权的一种公诉性质法律制度。

在明确刑事自诉担当的性质后,刑事自诉担当与代为告诉、自诉转公诉的区别就很好辨析。1)自诉担当与代为告诉。代为告诉只是指被害人因受到强制、威胁等原因无法告诉,由被害人的法定代理人、近亲属或人民检察院代理被害人向人民法院提起诉讼的一项法律制度。代为告诉的雏形在我国立法中也有体现,最高人民法院《若干问题的解释》第187条规定:“本解释第一条规定的案件,如果被害人死亡、丧失行为能力或者因受强制、威吓等原因无法告诉,或者是限制行为能力人以及由于年老、

患病、盲、聋、哑等原因无法告诉,其法定代理人、近亲属代为告诉的,人民法院应当依法受理”,通说认为,代为自诉适用于被害人因某种阻碍不能而由检察机关、法定代理及近亲属提起控诉,案件不因此而转化为公诉性质的案件,当阻碍消除时,法定代理人、近亲属和检察机关则应退出诉讼,由原自诉人恢复身份继续进行诉讼;而自诉担当是自诉程序已经启动,由于自诉人丧失行为能力或死亡,且没有人代为自诉的,从维护权力平衡的角度出发,由检察机关取代自诉人的地位,由检察机关行使控诉职能,案件从自诉转为公诉,原自诉人退出诉讼的一项法律制度。2)自诉担当与自诉转公诉。自诉转公诉是指在在被害人启动诉讼前或自诉程序开始后,由于案件严重危及国家、社会公共利益,从而导致公安、检察机关对案件提起公诉的法律制度。一般认为,我国六机关《若干规定》第4条规定的被害人有证据证明的轻微刑事案件,即公诉与自诉交叉案件以及告诉才处理的案件中,除侵占罪外其他犯罪涉及严重危害社会秩序和国家利益的几类结果加重犯罪属于自诉转公诉情形。自诉担当和自诉转公诉都体现了国家对自诉处分权的干预,有利于保护被害人的合法权益;两者性质都最终由自诉变为公诉。但两者也存在一定区别,如两者发生阶段不同,自诉担当发生在自诉程序启动后,自诉转公诉既可以发生在诉讼程序启动前,也可以发生在诉讼进行中;两者发生事由不同,如前所述,自诉担当发生在自诉人由于丧失行为能力且没有其他近亲属代为自诉,未对国家、公共利益造成较大损害的情形,而自诉转公诉主要是由于案件涉及较大国家、公共利益。

#### 四、刑事自诉担当后的两点思考

确定了刑事自诉担当性质后,我们认为在实际操作层面,刑事自诉担当案件还存在以下两个方面难题亟须解决。

第一方面:自诉担当事由发生后,案件由自诉性质转为公诉性质,检察机关的地位、职能究竟如何。按照现代刑事诉讼运行模式:立案——侦查——提起公诉——审判——执行,检察机关主要行使控诉职能,那么自诉担当后,侦查权由谁来行使,证据由谁来收集,如果检察机关接替案件后,由其收集证据,是否会与现代刑事诉讼基本模式相冲突。所以,笔者认为传统的自诉理论认为自诉权只被解释成为向人民法院起诉的权利是不全面的。我们认为刑事自诉权不应该仅仅被狭义的理解为自诉人直

接向人民法院提起控诉的权利,而是应该广义的理解刑事自诉权,也即这里的“自诉”包括被害人向案件可以选择向公安机关或检察机关控告的权利,也包括向人民法院提起诉讼的权利(即狭义的刑事自诉权)。只有这样,才可以在理论上、实践中解决应该由谁收集证据,避免检察机关职能定位模糊等问题。在这里,我们不妨借鉴奥地利的做法——“当自诉担当后,检察机关将案件交第三人愿意者来采集证据,如被害人的朋友等,如果第三人不愿意,则交由公安机关侦查案件,收集证据”<sup>[12]</sup>。

第二方面:自诉担当能否反致?即自诉案件转为公诉性质后,如果被害人恢复行为能力,能否再由公诉案件转为自诉案件?台湾地区不存在这个问题,因为自诉担当后依然是自诉案件,检察机关担当自诉人也是因为法院认为检察机关有必要进入诉讼程序,其目的也是只为了协助法院查清案件事实,当自诉发生事由消灭且整个诉讼未终结时,原自诉人仍然可以以自诉人身份参加诉讼,而检察机关则应退出诉讼。对于认为自诉担当后由自诉转公诉的国家就会出现这种问题。我们认为此种情形目前在我国是不能反致的。在我国以公权力为主导地位的权力配置模式上,从效率、成本的角度出发,是不容许反致的。但是,如果被害人愿意不追究被告,则应充分考虑被害人对案件的“处分权”,这种情况是可以减轻或免除被告的责任。

## 参考文献

- [1] 吴卫军. 刑事诉讼中的自诉担当[J]. 国家检察官学院学报, 2007, (4): 25.
- [2] 兰跃军. 论自诉担当[J]. 重庆工商大学学报社会科学版, 2009, (6): 21.
- [3] 马克思恩格斯全集(第24卷)[M]. 北京: 人民出版社 1995, (2): 44.
- [4] 陈妮. 中外告诉乃论比较研究. 政法论坛[M]: 2001: 3.
- [5] 黎莎. 中德刑事自诉制度比较研究[J]. 江西公安专科学校学报, 2008, (1): 14.
- [6] 张琛华. 论刑事自诉制度的价值[J]. 山西高等学校社会科学学报, 2005, (10): 31.
- [7] [意]贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 中国法制出版社, 2002: 83
- [8] 张文显. 法哲学范畴研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 396.
- [9] 陈光中. 外国刑事诉讼程序比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 1988: 218.
- [10] 刘英俊. 中德刑事自诉制度比较研究[J]. 绵阳师范学院学报, 2005, (3): 24.
- [11] 龙宗智、左卫民. 法理与操作——刑事起诉制度评述[J]. 现代法学, 1997, (4): 134.
- [12] 陈光中. 外国刑事诉讼程序比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 1998: 173.

## On the Nature of Criminal Private Prosecution —— from Composing Factors Angle of View

WU Wei-jun QIAO Ming-xiang

(University of Electronic Science and Technology of China Chengdu 610054 China)

**Abstract** The undertaking of private prosecution is a public prosecution legal system that when the victim has already raised prosecution and private prosecution is started, during which the victim loses his capacity with no legal representatives or near relatives substitution of him for the prosecution, thus public prosecution organ exercises the prosecution rights in stead of the victim. It must depend on the unification of composing factors of the private prosecution system when researching on the nature of undertaking of private prosecution. Those factors include illegality of criminal offence, infringement of personal rights and the ability of victim to prosecute by himself. After the undertaking of private prosecution, the procuratorial organ does not assume the responsibility of investigation which may be exercised by the third party or public security organ. Furthermore, counterclaim after the undertaking of private prosecution will be inadmissible.

**Key words** undertaking of private prosecution; nature; composing factors

编辑 范华丽