

# 认罪认罚背景下检察机关适当扩大酌定不起诉之再考查

郭沙沙,郝世坤<sup>1</sup>

(中国社会科学院大学法学院,北京 100732)

**[摘要]** 认罪认罚从宽制度改革背景下,“少捕慎诉”“可诉可不诉的不诉”理念及轻罪刑罚轻缓化为扩大酌定不起诉的适用提供了契机。但该制度的实体适用规范模糊,未明确认罪认罚主导作用;适用程序较繁琐;我国未构建认罪认罚案件中起诉必要性审查机制以过滤不当起诉,导致酌定不起诉的适用率较低。故应在“适当扩大酌定不起诉适用”理念下,明确其实体规定,确立认罪认罚的主导性地位;简化内部审批程序,赋予办案人员适用酌定不起诉的独立性;构建认罪认罚案件中起诉必要性审查机制,倒逼检察机关重视起诉必要性问题;同时要激活检察建议制度。

**[关键词]** 认罪认罚; 扩大酌定不起诉; 实体规范; 审批程序简化; 起诉必要性审查

**[中图分类号]** D925.2 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2021)05-0081-08

**DOI:**10.13967/j.cnki.nhxb.2021.0067

在当前认罪认罚从宽改革背景下,检察机关在控辩协商过程中发挥主导作用,且其确定量刑建议具有“刚性效力”,为推动合理适用相对不起诉提供了制度空间<sup>[1]</sup>。此外,2019年出台的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称“指导意见”)指出,“充分发挥不起诉的审前分流和过滤作用,逐步扩大相对不起诉在认罪认罚案件中的适用”,这表明检察机关的酌定不起诉权的审前分流和过滤作用再次得到重视;且在司法实践中,不起诉比率较认罪认罚改革之前有所上升。2014年、2015年酌定不起诉率分别为3.75%、3.65%<sup>①</sup>,但在认罪认罚从宽制度改革实施以来,不起诉案件的比率呈上升趋势。2017年试点中期报告指出,不起诉率为4.5%,2018年的不起诉率为5.8%<sup>[2]</sup>,2019—2020年10月的酌定不起诉率为11.3%<sup>②</sup>。尽管改革之后酌定不起诉率确实有所上升,但我国不起诉裁量权的适用率与域外相比,始终保持着谦抑性。以日本、英国为例,日本全国范围内的起诉犹豫率呈上升状态,2015年其起诉犹豫率达到50.4%,比正式起诉的比率略高<sup>③</sup>。英国在2008—2009年的起诉率在25%左右,且因英国体制较为特殊,司法警察和治安法院会在审判前消化大量案件,减少审判案件的数量<sup>[3]</sup>。经比较可知,我国的酌定不起诉率仍处

于较低水平,未达到该制度的预设功能。

在世界范围内,“放弃正式审判”成为各国处理简单刑事案件的一种趋势,其大致包括两种模式——放弃正式审判和完全放弃审判。但我国在认罪认罚从宽制度改革中更加注重第一种模式,强调法庭审理程序的快速与简化,甚至司法实践中有观点提出“书面审理”“一审终审”等方案以促进诉讼效率的提升。但对如何实现提升酌定不起诉适用率以减少进入法院案件数量、实现其审前分流功能,则未进行系统梳理。即便《指导意见》提出要扩大相对不起诉的适用率,但未明确相关适用程序及认罪认罚在酌定不起诉中的权重等问题。此外,在内部考核机制设置不合理、现行不起诉程序繁琐背景下,提升酌定不起诉率的目标难以有效落实,不利于发展多元化的从宽从简处理机制。而且,当前理论存在系统化不足问题,大多从正面提出扩大酌定不起诉适用的措施,例如简化酌定不起诉程序、完善内部考核机制等,很少从反面强调对检察机关起诉权的司法制约。鉴于此,本文从扩大酌定不起诉适用率的现实基础出发,深入分析我国酌定不起诉适用中存在的问题及成因,从实体和程序等多个角度探讨合理适用酌定不起诉的路径,以期充分发挥酌定不起诉程序的审前分流作用。

**[收稿日期]** 2021-09-17

**[基金项目]** 中国社会科学院大学和南开大学21世纪马克思主义研究生院项目“司法公正理论的创新与发展”资助(编号:MYJ2021002)

**[作者简介]** 郭沙沙(1994—),女,河北邯郸人,中国社会科学院大学法学院博士研究生。

<sup>1</sup> 河北科技师范学院讲师,博士。

## 一 扩大酌定不起诉率的现实基础

### (一) 诉讼理念之转变

随着宽严相济刑事政策的落实及认罪认罚从宽制度的贯彻,司法机关对认罪认罚案件作出宽缓处理是我国司法改革的主流趋势,“严刑峻法”不再是当代进行社会治理的主要模式。在此基础上,最高人民检察院在《关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》中明确提出“可诉可不诉的不诉”的不起诉指导原则,为检察机关扩大酌定不起诉适用提供了明确的方向。

此外,在当前“捕诉一体化”改革下,决策者提出要贯彻落实“少捕慎诉”理念,且该理念已体现在认罪认罚从宽制度中,其中《指导意见》明确了认罪认罚案件少捕慎诉的法律依据,同时也透露出检察机关在认罪认罚案件中贯彻少捕慎诉的倾向性。故,少捕慎诉理念的落实可以有效改变检察机关传统的构罪即捕理念,降低逮捕在认罪认罚案件中的适用率,为其提高酌定不起诉的适用提供了基础,因为这可以避免办案人员因捕而不诉承担司法责任,同时可督促检察机关切实履行审前案件分流主导责任,为扩大酌定不起诉率提供了契机。

### (二) 刑事司法现状之所需

#### 1. 轻罪刑罚轻缓化现状普遍

虽然立法明确规定认罪认罚从宽制度的适用无案件轻重区分,但在司法实践中该制度主要适用于轻罪案件中。研究表明,在轻罪案件中,法院对于认罪认罚被告人判处缓刑或非监禁刑、附加刑、单处罚金的比率逐年上升,其中2018年全国法院适用轻缓刑的比率达到44.5%<sup>[5]</sup>。以2016年至2020年6月深圳市福田区法院办理的醉酒驾驶案件为例,法院对认罪认罚被告人适用缓刑的比例达到47.95%。这表明在认罪认罚背景下,轻罪刑罚轻缓化现象普遍。但大量轻罪案件进入法院会导致有限司法资源被消耗,增加了审判压力,且不能产生良好的社会治理效果。

相反,如果对这些案件适用酌定不起诉决定不仅可以节约司法资源,而且符合刑法罪刑相适应原则,因为当被告人被判处缓刑或非监禁刑时,表明其责任刑比较轻,再加上其认罪认罚这一预防刑量刑情节的存在,被告人特殊预防刑显著降低,甚至无特殊预防必要性,故对被追诉人作出不起诉处理具有合理性。此外,酌定不起诉的适用还可以避免短期监禁刑的危害。因此在轻罪刑罚轻缓化的普遍司法现状下,这些轻罪案件蕴含着酌定不起诉宽广的制度效用空间。

#### 2. 提高认罪认罚适用率之所需

认罪认罚从宽制度在当前阶段主要适用于轻罪案件,而轻罪案件的刑罚较轻,故这类案件的实体从宽幅度有限。酌定不起诉作为重要的从宽体现如果得不到广泛适用,那么会导致被告人认罪认罚的积极性降低、认罪认罚案件的适用率降低,特别是在共同犯罪中,如果只注重实体从宽,会出现认罪认罚被告人与不认罪认罚被告人的刑罚差异极小的问题,削弱被追诉人适用该制度的积极性,这与“提高认罪认罚适用率”之改革方向背道而驰。因此要想解决当前司法实践面临的困境就必须重视酌定不起诉的审前分流作用。

### (三) 严格控制不起诉率之弊端

在检察机关严格控制不起诉率的背景下,大量本该适用酌定不起诉的案件以各种“潜规则”方式被不当“分流”了出去。例如,检察机关为了抵消自侦案件的不起诉率,便扩大刑事案件的基数,将治安管理处罚案件当作刑事案件进行处理,或者在启动侦查前,事先评估案件结果,避免不起诉现象的发生<sup>[3]</sup>。并且检察机关通常以“退回侦查机关自行处理”方式避免不起诉的适用<sup>[6]</sup>。前种方式将行政案件纳入刑事案件范围,不利于保障人权,违背了刑法谦抑性原则;后者未对案件作出明确的处理结果,损害了司法权威,并且“退回补充侦查”方式损害了无罪推定原则。这表明,违背司法规律的行政管控虽然从表面上遏制起诉率的上升,但忽视了人权保障、损害了司法公正性。

## 二 当前酌定不起诉适用存在的问题

### (一) 酌定不起诉适用的实体规定模糊

法律规定的明确性是有效落实该制度的前提,但目前刑法及相关司法解释对酌定不起诉的适用条件、范围等没有明确的规定。刑法第172条第二款规定,酌定不起诉的适用条件为“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”,但这一规定存在模糊之处。如何理解“犯罪情节轻微”,认罪认罚是否属于“犯罪情节”,即认罪认罚能否使本来严重的犯罪情节轻微,或使轻微的犯罪情节更加轻微,从而提高酌定不起诉的适用性;犯罪情节轻微是否意味着该制度仅适用于轻罪案件,这在理论和司法实践方面未形成定论,立法也未明确对此进行规定。

此外,如何确定刑法第172条第二款的规定与《刑法》第37条<sup>④</sup>的关系,即酌定不起诉的刑法边界如何界定存在争论。有观点认为,《刑法》第37

条不具有独立适用的效力,即该条不是独立的免除刑罚事由,因此检察机关在适用酌定不起诉时,除需心证达到“不需要判处刑罚或免除刑罚”之外,还需结合《刑法》总则或分则具体条文的规定<sup>[7]</sup>。但这一观点限缩了检察机关适用酌定不起诉,与酌定不起诉在世界范围内广泛化的趋势不符。根据我国目前的司法实践状况,酌定不起诉的运用因各种原因受到限制,如果在实体层面上仍然限缩其适用条件,那么检察机关的酌定不起诉自由裁量权有可能被架空,限定其审前分流功能的发挥,不符合当前繁简分流之改革趋势。

最后,认罪认罚在酌定不起诉中的地位如何,其是否决定着酌定不起诉的适用并未在立法上明确。认罪认罚案件的酌定不起诉不一定考虑到了认罪认罚情节,因为案件的其他情节可能已经达到了适用酌定不起诉的条件;也有可能将认罪认罚与其他情节一同作为适用酌定不起诉的理由,此时认罪认罚只是作为酌定不起诉的难以明确具体影响力的助力因素之一<sup>[8]</sup>。这表明认罪认罚情节到底在何种程度上影响了酌定不起诉决定是很难确切评估的,这会导致被告人适用认罪认罚从宽制度的积极性受损。正如上文所述,在轻罪案件实体从宽幅度较小的情况下,被追诉人更倾向于追求不起诉这一程序从宽,如果立法未明确认罪认罚在酌定不起诉中的决定性作用,那么认罪认罚在轻罪案件中的适用率有可能会下降,此外也会削弱检察机关在拟不起诉案件中适用认罪认罚从宽制度的动力,因为在认罪认罚未成为独立适用酌定不起诉的条件时,当案件同时符合认罪认罚从宽制度和酌定不起诉制度时,检察机关要遵循两套独立程序<sup>⑤</sup>,在案多人少背景下,这无疑增加了其工作量。

### (二)酌定不起诉适用程序存在缺陷

因检察机关内部严格控制不起诉率,故法律在酌定不起诉的适用程序方面设立了繁琐的程序。根据《人民检察院刑事诉讼规则(2019)》及《人民检察院起诉案件公开审查规则(试行)》的相关规定<sup>⑥</sup>,检察机关拟作出酌定不起诉决定的,需经检察长或上一级人民检察院批准,并且当案件存在较大争议并且在当地有较大社会影响时,应当启动公开审查程序。这种内部监督程序和公开审查模式虽然可以防止检察机关滥用不起诉裁量权,但加重了检察机关的程序负担。在同等办案期限内,不起诉案件所要消耗的司法成本及所带来的风险远高于起诉案件,基于利弊权衡,检察官倾向于适用提起公诉这一经济、稳妥方式。在相关实证研究中,有64.5%被调

查者认为酌定不起诉制度的适用程序较为麻烦<sup>[9]</sup>。在司法资源紧缺、办案周期缩短背景下,繁琐的审批程序导致检察机关缺乏适用该制度的动力。此外,在当前认罪认罚案件中,控辩双方协商的内容仅限于实体性从宽,而是否可以对酌定不起诉进行协商则存在争议,并且也未明确被害人是否有权对此问题发表意见,导致酌定不起诉决定的作出仅体现了检察机关单方面意志,有可能会引起被不起诉人和被害人的不满,从而引发后续救济程序的启动,导致酌定不起诉之提高诉讼效率之目的的真正实现。

### (三)针对起诉程序的司法审查机制缺乏

对检察机关提起公诉进行司法审查有助于约束检察机关滥用起诉权,保障被追诉人的合法权益,也可以控制进入法院的案件数量,实现案件繁简分流。但我国并未建立该司法审查机制,导致大量的本应以不起诉处理的案件进入法院,检察机关滥用起诉权的现象未得到遏制。特别是在当前适用酌定不起诉制度存在较大风险、增加工作量的情况下,检察机关更倾向于将案件起诉至法院,如果仅靠检察机关自身对酌定不起诉的重视来提升酌定不起诉适用率,忽视外部监督机制对其起诉案件的监督,未形成限制检察机关起诉率的司法环境,那么检察机关起诉权的滥用就难以得到遏制,这也会成为不当限缩其酌定不起诉率的重要阻碍。在当前司法制度中,检察机关在认罪认罚从宽制度适用中占主导地位,如果未加强对检察权的公权力制约,则会导致检察机关利用起诉权对被追诉人进行施压,将未达到起诉标准的案件移送到法院,损害了认罪认罚从宽制度的正当化基础,导致控辩失衡现象严重。

此外,学术界关于检察机关酌定不起诉权运用的争议比较激烈。一方面,酌定不起诉率过低不利于诉讼经济目的的实现;另一方面,不受约束的不起诉裁量权有可能会被滥用,将削弱刑罚预测可能性、侵害当事人权利等<sup>[10]</sup>。因此当前的理论观点呈现出两大阵营,一类是扩大酌定不起诉的适用;另一类是加强针对酌定不起诉的制约与监督。但相关研究的着眼点仅限于对酌定不起诉,忽视对检察机关起诉权进行司法审查的研究,那么不论是扩大酌定不起诉制度的适用还是强化对其监督都无法合理解决两者之间的矛盾,会导致上述争论无限循环。

### (四)配套措施有待健全

检察机关之所以对酌定不起诉制度的适用存在顾虑,是因为酌定不起诉作为一种“一次性”行为,一旦作出,就无法进一步督促被不起诉人悔改,刑罚之特别预防功能得不到实现<sup>[11]</sup>。根据刑诉法相关

规定,检察机关在作出不起诉决定后,可以根据案件情况发出检察建议。检察建议制度是检察机关参与社会治理的一种重要方式,但目前该制度主要适用于企业刑事合规体系的激励模式及酒驾类案件中,并未得到广泛应用,并且检察建议的效果并不是太明显,因为检察机关通常都是先作出不起诉决定,然后再向被不起诉人发出检察建议。至于被不起诉人或企业后期是否达到检察机关的预期,都难以得到其进一步的宽大处理,且检察建议并不具有太大的强制力<sup>[12]</sup>。在司法实践中,因被不起诉人不履行检察建议而被检察机关重新提起公诉的案例,可以说是微乎其微。并且,我国的刑行衔接机制衔接不畅,导致未履行检察建议的被不起诉人无法受到其它实质性处罚<sup>[13]</sup>。

### 三 认罪认罚从宽背景下扩大酌定不起诉适用路径

#### (一) 拓宽酌定不起诉适用的实体规范

在当前中国刑事司法中,明确酌定不起诉的适度扩张原则具有现实基础,同时也与两大法系扩大不起诉适用率的趋势相符合,因此在解决上述问题时应始终贯彻这一原则。首先,本文认为,刑法第172条所规定的“犯罪情节轻微”就表明酌定不起诉制度在现阶段应主要适用于轻罪案件中,与目前认罪认罚从宽制度大多适用于轻罪案件的司法实践相吻合,这也能够保障酌定不起诉制度在实践中得到有效落实。一方面,制度设计应符合司法实践状况和司法传统,如果忽视这两项因素,则会导致制度被不当规避。我国过去基于重刑主义和打击犯罪的需要,对酌定不起诉权的行使尤为谨慎,在刑罚轻缓化理念尚未完全根植于检察机关办案理念的状况下,将酌定不起诉制度适用于所有案件必然会削弱惩罚犯罪目标的实现,同时该制度的落实难度也会加大,民众对制度适用的不信任度增高,更加不利于慎诉原则在认罪认罚案件中的贯彻。另一方面,“适度扩张原则”不是必然要求酌定不起诉制度适用于所有案件中。目前,虽然认罪认罚从宽制度在理论上适用于所有案件,但司法实践中该制度适用的犯罪主要限于轻罪案件中,其在重罪案件中的适用存在多重困难。由此可以推论出,酌定不起诉在重罪案件中的适用也会存在相应障碍,如果贸然放开酌定不起诉的案件适用范围,该制度在重罪案件中产生的问题有可能会削弱该制度所带来的审前分流功能。

其次,“认罪认罚”并不属于“犯罪情节”。因为后者指的是与犯罪事实有关的情节,其影响的是责

任刑的轻重,而前者只是表明被追诉人的特殊预防必要性减少,是影响预防刑的情节。如果将这两者混同,会扰乱刑罚裁量的步骤,削弱量刑精准化。

再次,笔者认为检察机关适用酌定不起诉只需符合《刑法》第37条要求即可,也就是《刑法》第37条可作为独立的免责事由。这一观点得到了司法实践的认可,2011年颁布的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定,行为人认罪、悔罪的,可以根据《刑法》第37条的规定不起诉或者免于刑事处罚。这显然是将第37条当作独立的酌定免刑事由。因此,赋予检察机关相对宽泛自由裁量权,使之不受刑法具体分则条文的约束符合我国当前刑事司法实践需要。

此外,域外的酌定不起诉制度也未将实体法规规定纳入该制度的考量之中,例如美国的检察官在适用酌定不起诉制度时仅受来自于证据和公共利益考量的制约<sup>[3]</sup>;日本的起诉犹豫制度也未规定其类似“情节轻微”等实体法标准,即便其刑事诉讼法在规定酌定不起诉时同时规定了“犯罪的轻重”,但这是为了防止向特别预防主义的过度倾斜,旨在一定程度上限制检察官裁量权<sup>[14]</sup>。

最后,明确认罪认罚在酌定不起诉中的决定性作用。一方面,根据上文论述,酌定不起诉的适用范围限于轻罪案件,由于在轻罪案件中,被追诉人的责任刑罚比较低,再加上被追诉人的真诚悔罪,其再犯可能性几乎为零,也无特殊预防必要性,所以将认罪认罚作为酌定不起诉的决定性因素具有现实基础,可以提升轻罪案件中被追诉人适用认罪认罚从宽制度的比率,同时也不会导致罪行失衡现象的出现。另一方面,这一观点可以强化认罪认罚从宽制度在审前分流方面的功能,也可避免认罪认罚从宽制度与酌定不起诉制度机械衔接所产生的重复工作问题,否则会导致检察机关在酌定不起诉制度中适用认罪认罚从宽制度的动力不足,因为检察机关要围绕认罪认罚做许多程序性工作,增加了检察官的办案压力。

#### (二) 优化酌定不起诉制度的程序设置

按照现行制度安排,不起诉案件的程序比提起公诉还要繁琐,这是导致检察官倾向于选择起诉的主要因素之一,因此简化程序十分必要。具体来讲可以对酌定不起诉案件的审批实施繁简分流:对于案件事实清楚、诉讼当事人无争议的轻微刑事案件,可将不起诉裁量权直接下放到办案检察官,这可以强化检察官办案责任,促使其认真履行职责;对于少数不符合常见罪名具体适用标准,但又有必要适用

相对不起诉的案件,提请检察长决定,不需要经由检察委员会讨论决定,因为据上文所述,酌定不起诉制度主要适用于轻罪案件中,而检察委员会讨论的事项为重大、疑难案件。此外,部分地方检察机关已经开始探索这种审批繁简分流做法,取得了良好的效果,有利于促进检察机关相对不起诉权的科学合理适用<sup>[8]</sup>。同时,检察机关应将酌定不起诉的适用纳入控辩协商范围内,听取被害人的意见,增强该决定作出的透明性与公正性。具体而言,需要明确检察机关以下几方面的职责:首先,法律应明确检察机关落实权利告知义务,并规定其未履行该职责的程序性制裁措施,以确保诉讼当事人的权利切实得到保障。我国可以借鉴美国辩诉交易中的权利告知清单制度,将检察机关的告知内容详细列在清单之中,并保障被追诉人对该清单的知情权,可以强化其对检察机关的监督。其次,要构建证据开示制度,明确检察机关应将其所获得的证据开示给被追诉人,保障控辩双方协商的平等性与自愿性。

但需明确的是,减少酌定不起诉的内部审批并不意味着放松对检察机关的不起诉权案件的监督。强化对酌定不起诉的诉讼监督要比内部审批更符合诉讼规律,因此应当进一步完善被害人对不起诉的制约,即改革我国自诉转公诉的制度安排,这也可以减少理论上对检察机关滥用不起诉裁量权的非议。首先需要明确的是,自诉转公诉制度的目的是为了防止检察机关滥用不起诉权,而不是为了否定其不起诉裁量权。其次,明确该救济程序的纠错与维护正确决定的双重功能。如果不论检察机关的不起诉决定正确与否都可以启动审判程序的话,立法赋予检察机关不起诉裁量权就毫无意义。但我国救济程序的设置却偏离了上述功能,因为正确的酌定不起诉决定是以构成犯罪为前提的,故被害人只要能够说服法院受理案件,其就很容易获得有罪的判决,从事实上推翻检察机关的正确决定;但如果被起诉的酌定不起诉决定的事实依据不充分,人民法院只能驳回起诉或判决无罪<sup>[15]</sup>。因此,为了保障救济程序功能的正确履行,法官应当尊重检察机关的不起诉裁量权,只能对不起诉决定的合法性进行审查。检察机关作出酌定不起诉决定符合法律依据的,法院应驳回自诉人的申请,如果不起诉决定不合法,法院应作出提起公诉的裁定,并将案卷材料和证据退回人民检察院,人民检察院在收到提起公诉裁定后应提起公诉<sup>[16]</sup>。这一做法可以确保“公诉权不可放弃”理念得到落实,也可避免自诉人因举证能力不足而导致放纵罪犯现象发生。再次,应当限定被害

人自诉救济权的行使条件,防止其滥用权利。具体来讲,检察机关在作出酌定不起诉决定时听取了被害人意见、且被害人对此无异议时,法院不应受理被害人的请求,除非被害人有重大理由,如受到胁迫,违背意愿作出的决定,或者被害人不同意适用酌定不起诉,但检察机关最终仍作出该决定。最后,提升被害人救济权的可行性。检察机关应将不起诉决定及相关案卷材料送达给被害人,要保障被害人对案卷材料的知情权。

(三)构建认罪认罚案件中起诉必要性的司法审查机制

### 1. 建立司法审查机制的必要性分析

首先,在适用认罪认罚从宽制度中,强调法院对检察机关起诉权必要性的审查,可以提前过滤掉大量不应起诉的案件,降低检察机关对认罪认罚案件的起诉率,可以间接发挥法院在实现审前分流的功能,同时也可以倒逼检察机关在起诉前着重审查起诉必要性问题。如果对于不起诉率的提升措施,仅是从正面角度完善阻碍适用不起诉率的措施,例如拓宽不起诉的适用条件、改革其内部考核机制等,虽然可以提升不起诉的适用率,但这些都依靠检察机关自身理念的转变及其对酌定不起诉功能的深刻认知,如果检察机关未贯彻相关理念或为避免加大其工作量而将本应适用酌定不起诉的案件起诉到法院,那么此时对起诉权的司法审查的缺失会间接削弱酌定不起诉改革成果。有观点认为,构建预审法官制度会降低刑事司法效率<sup>⑦</sup>,因为我国的公安预审制度及审查起诉制度对是否移送审查起诉问题进行了充分审查,故再构建该制度会增加司法成本。但本文认为对检察机关起诉权进行必要性审查并不会导致司法效率的降低。第一,正如上文所言,这种必要性审查不是针对所有案件,只是适用认罪认罚制度中检察机关起诉的案件。第二,这种审查行为是站在“加大审前分流力度”价值取向上被提出的,而不仅仅从程序正义理念的角度出发。第三,诉讼效率在保障诉讼公正基础上才有其价值,公安预审及审查起诉制度都是属于“控方”内部监督的方式,缺乏外部机关的有效制约,导致程序公正缺乏;且导致这种监督效果有限,大多达不到起诉标准的案件进入审判阶段,反而会增加司法负担。故这种必要性审查机制不仅可以阻止大多不符合条件的案件流入审判程序,而且加强了对起诉的外部制约,实现程序正义理念。

其次,在认罪认罚从宽制度改革过程中,检察机关审前主导性凸显,且立法赋予了检察机关“刚性

量刑建议权”,笔者曾撰文指出,检察权在一定程度上向审判权扩张,取代了法官部分量刑裁量权,速裁审判程序流于形式现象已经普遍化,这是不争事实。那么如何防止检察机关在认罪认罚案件中滥用权力则成为当前理论研究的重点。虽然理论上强调要加强被追诉人的协商能力,构建控辩平等协商的司法环境,但这属于一种“以私权制约公权”的方式,因各种因素的存在,其制约效果有限,并且在当前司法环境中,检察机关凭借其地位优势和信息优势等内容压制被追诉人,以起诉的方式“惩罚”被追诉人<sup>[17]</sup>。所以只有通过“公权力制约公权力”的方式,才能有效矫正这种控辩失衡现象,而起诉必要性的司法审查正好可以防止协商性司法异化为压制型司法。同时,在认罪认罚从宽制度中构建针对检察机关起诉权的司法审查机制可以在一定程度上改变我国三机关流水作业的弊端,也可为我国全面构建司法令状主义提供有益经验。

最后,如上文所述,扩大酌定不起诉与强化对酌定不起诉的制约始终是一对矛盾体,容易使酌定不起诉制度的改革陷入死循环中。此时理论研究转变思维,注重对检察机关起诉权的司法审查则可以避免理论上的争议。一方面,作为诉讼程序的中间环节,法院对起诉必要性的审查可以过滤掉不必要的起诉,符合扩大酌定不起诉适用率的观点;另一方面,这种审查可以降低被不起诉人或被害人启动救济程序的概率,节约了诉讼资源。此外,该审查制度也符合两大法系加强对起诉权进行严格限制的趋势,例如英美法系对检察机关的起诉设立了预审制度,由治安法官对检察官的起诉进行审查。

## 2. 构建起诉必要性审查之措施

首先,应明确启动该程序的方式。在两大法系中,在对检察机关起诉权进行制约的预审制度中,主要存在依职权启动、依申请启动或两者相结合模式。不同模式的选择与各国刑事审判模式及司法理念存在密切关系。大陆法系国家奉行职权主义模式,那么刑事预审程序则主要依职权启动;而英美法系,如美国,奉行当事人主义模式,其将申请预视为被告人的权利,是否启动预审程序完全依据被告人的意志,由被告人申请。从我国的司法现状来看,我国偏向于职权主义模式,注重法官在查明案件事实、维护公平方面的作用,所以依职权启动是符合我国司法理念的。并且在当前司法实践中,控辩双方失衡现象比较严重,被追诉人认罪认罚自愿性、真实性得不到有效保障,如果采取以申请启动方式的话,该制度有可能会被虚掷,起不到最初过滤不当起诉目的。

其次,应当采取书面审查方式。因为起诉必要性审查机制的适用范围主要在认罪认罚案件中,而当前认罪认罚制度在实践中主要适用于轻罪案件,所以适用起诉必要性审查制度的案件主要是轻罪案件。这类案件的事实比较清楚,且加上被告人的认罪认罚,双方对事实争议不大,主要是在是否起诉这一法律适用问题上有争议,所以法官对法律争议问题的解决可以采取书面审查方式,同时也可以提高审查效率、节约司法资源。

再次,应构建审查起诉必要性标准。虽然《最高人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》明确在审查起诉工作中,要充分考虑起诉的必要性,但未规定考虑“起诉必要性”的依据包括哪些,因此法院在对检察机关的起诉进行审查时应明确此标准,其主要包括两方面:是否有证据证明有相关犯罪事实和是否符合公共利益。其中,是否符合公共利益的判断标准,包括案件的社会危害性、赔偿损失情况、悔罪态度以及被害人的态度等<sup>[18]</sup>。需要明确的是:法院在被害人自行起诉的程序中,主要审查检察机关不起诉决定的合法性问题,目的是尊重检察机关的酌定不起诉裁量权。而在必要性审查程序中,法官不仅要审查起诉合法性、而且要审查起诉必要性,此时的目的是过滤不当起诉,而且法院可以据此督促检察机关认真考察起诉的必要性。

最后,应明确检察机关的救济权。如果人民检察院认为本级人民法院的预审结果确有错误时,应准予其向上级人民法院申请复议。当然该审查制度的构建除上述措施外,还需完善相关配套措施,例如全面贯彻司法责任制的核心要求,彻底扭转司法行政化现象,保障法院的权威性与独立性。否则正如相关学者所言:“当没有相应的体制改革配套,当司法独立还只是期待,司法审查除增加司法资源、阻碍诉讼效率,对于控制权力、保障人权并无多大价值。”<sup>[19]</sup>

## (四)完善检察建议制度

因检察机关对认罪认罚案件作出酌定不起诉后,相关行政惩罚措施并未跟上,导致“不诉了之”现象普遍发生,从而引发“失之过宽”的担忧<sup>[5]</sup>。因此多数观点认为,应当改革我国附条件不起诉制度,扩大该制度的适用主体及案件范围<sup>[20]</sup>。但笔者认为并不是所有作出酌定不起诉的案件都需要附加相关条件。

首先,被追诉人认罪认罚后,其赔偿损失或赔礼道歉等行为已修复社会关系,则无须再让其承担额

外的惩罚,否则会损害被不起诉人的合法权益。

其次,理论上所提出的附带条件大致包括赔偿损失、赔礼道歉,带有惩罚性的公益服务等,但这些条件属于被追诉人认罪认罚的应有内涵,检察机关根据其真诚悔罪的态度来决定是否适用酌定不起诉,如果在被追诉人履行上述内容后,检察机关仍然对其适用上述考察条件,则会导致“二次处罚”,损害被追诉人利益。

此外,检察机关是否享有实体方面的处罚权则是争议的,是否侵犯了行政机关的行政权也有待考察;并且附条件不起诉制度也存在弊端,不仅增加了司法资源的消耗,而且也加大了检察机关的工作量,有可能会与繁琐的内部审批程序一样产生相反的效果,导致检察机关倾向于起诉,规避附加条件不起诉制度的适用。同时,是否对被不起诉人适用附加条件需要检察机关进行自由裁量,如何对防止其滥用又存在一系列问题。

因此,笔者认为,在当前司法背景下,完善、激活检察机关的检察建议制度具有现实可行性。一方面,要强化检察机关建议权的适用,检察官在作出起诉决定后,认为有必要提出相关建议的,应当将检察建议移送相关执法机关给予行政处罚、处分等检察意见<sup>[13]</sup>。而且要丰富检察建议的内容,不仅仅是建议相关行政机关对被不起诉人进行行政处罚、行政拘留等措施,而且应引进“社会公益服务”“参加乡村建设”等内容,且这些内容应适用于所有轻罪案件,不应仅限于某一类案件,可以充分发挥检察机关参与社会治理的作用。另一方面,检察机关应跟踪处理结果,并做好意见反馈情况。在被不起诉人未充分履行检察机关建议内容时,行政机关应对其作出处罚,完善刑行衔接机制。

#### 注释:

①2014年,检察机关起诉人数为1391225人,酌定不起诉人数为52218人;2015年,检察机关起诉人数为1390933人,酌定不起诉人数为50787人。以上数据来源于2015年、2016年最高人民检察院工作报告。

②参见《最高人民检察院关于人民检察院适用认罪认罚从宽制度情况的报告》。

③参见日本法务省官方数据,载 <http://hakusyol.moj.go.jp/jp/63/nfm/mokuji.html>,最后访问时间:2021年8月24日。

④《刑法》第37条:对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚……。

⑤检察机关既要遵循适用酌定不起诉的程序,又要遵循适用认罪认罚从宽中的规定。

⑥参见《人民检察院刑事诉讼规则(2019)》第370条、371条;《人民检察院起诉案件公开审查规则(试行)》第4条。

⑦此外这一观点还认为,因我国检察机关负有法定客观义务且审查起诉之证明标准与审判标准相同,故没有设立预审法官制度之必要性。参见彭玉伟.中国公安预审制度改革:论争、反思与构想[J].公安学研究,2020(5):1-21;123.

#### [参考文献]

- [1] 陈卫东.检察机关适用不起诉权的问题与对策研究[J].中国刑事法杂志,2019(4):35-45.
- [2] 童建明.论不起诉权的合理适用[J].中国刑事法杂志,2019(4):23-34.
- [3] 郭烁.酌定不起诉制度的再考查[J].中国法学,2018(3):228-248.
- [4] 王新建.认罪认罚从宽制度下相对不起诉的司法适用[J].国家检察官学院学报,2021(1):147-158.
- [5] 唐海东.少捕慎诉原则化构建研究[J].重庆理工大学学报(社会科学),2020(12):109-116.
- [6] 杨娟,刘澍.论我国刑事不起诉“三分法”的失败及重构:以淮北市起诉裁量实践为实证分析对象[J].政治与法律,2012(1):37-44.
- [7] 张开骏.刑法第37条不是独立免除刑罚事由[N].检察日报,2015-02-11(3).
- [8] 闫召华.认罪认罚不起诉:检察环节从宽路径的反思与再造[J].国家检察官学院学报,2021(1):128-146.
- [9] 张树壮,周宏强,陈龙.我国酌定不起诉制度的运行考量及改良路径:以刑事诉讼法修改后S省酌定不起诉案件为视角[J].法治研究,2019(1):46-54.
- [10] 周长军.检察起诉裁量权的国际发展趋势与中国改革[J].东方法学,2009(3):3-17.
- [11] 李辞.论附条件不起诉与酌定不起诉的关系[J].法学论坛,2014(4):115-122.
- [12] 陈瑞华.刑事诉讼的合规激励模式[J].中国法学,2020(6):225-244.
- [13] 安徽省滁州市人民检察院课题组,李德文.认罪认罚从宽制度背景下检察机关不起诉权相关问题研究[J].中国检察官,2020(23):3-6.
- [14] 松尾浩也.日本刑事诉讼法[M].丁向顺,张凌,译.北京:中国政法大学出版社,2005:177.
- [15] 宋英辉,吴宏耀.不起诉裁量权研究[J].政法论坛,2000(5):116-128.
- [16] 王新清,姬艳涛.我国刑事不起诉制约和监督机制探究[J].山东警察学院学报,2013(6):36-40.
- [17] 龙宗智.完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡[J].环球法律评论,2020(2):5-22.
- [18] 阮建华.公诉案件起诉必要性审查现状检视及制度构建[J].人民检察,2015(17):68-71.
- [19] 汪海燕.除魅与重构:刑事诉讼法律移植与本土化

[J]. 政法论坛, 2007(2): 126-137.

考[J]. 中国刑事法杂志, 2019(4): 46-59.

[20] 何挺. 附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思

## Re-discussion on Procuratorial Organs' Appropriate Expansion of Discretion of Non-Prosecution in the Context of Pleading Guilty and Admitting Punishment

GUO Sha-sha, HAO Shi-kun

(*Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100732, China*)

**Abstract:** In the context of the reform of guilty admission and punishment, the concepts of “less arrests and cautions”, “non-prosecution without prosecution”, and the phenomenon of mitigating penalties for misdemeanors provide an opportunity to expand the application of discretionary non-prosecution. However, the substantive application norms of the discretionary non-prosecution system are vague, and the leading role of acknowledgment of guilt and punishment is not clearly confirmed; and the application procedures of the system are relatively cumbersome. In confessing guilt and punishing cases, China has not established a review mechanism for the necessity of prosecution to filter out improper prosecutions, resulting in a low application rate of discretionary non-prosecution. Therefore, under the concept of “appropriately expanding the application of discretionary non-prosecution”, the substantive provisions of the system should be clarified, and the dominant position of confession and punishment should be established; internal examination and approval procedures should be simplified to give case handlers the independence of applying discretionary non-prosecution. The establishment of a review mechanism for the necessity of prosecution in cases of confession and punishment will force the procuratorial organ to pay attention to the necessity of prosecution. At the same time, it is necessary to activate the procuratorial suggestion system to reduce the application of discretionary non-prosecution concerns.

**Key words:** plead guilty and punished; expand the application of discretionary non-prosecution; substantive norms; simplified approval procedures; review of the necessity of prosecution

(本文编辑:魏玮)