

论裁量不起诉及其实体规制

向 燕^{*}

内容提要 随着我国轻罪案件的增长,裁量不起诉因兼具提高诉讼效率与实现个案正义的特点,在司法实务中出现了明显的扩张适用趋势。然而,不起诉裁量权运用不均衡、诉与不诉界限不清、不起诉种类适用混乱等问题也日渐凸显。确立裁量不起诉的实体规制对规范我国检察机关不起诉裁量权的行使、避免裁量权滥用具有重要意义。为防止检察权的过度扩张造成对立法权和审判权的逾越,应当以比例原则作为规制裁量不起诉的核心原则,进而对裁量不起诉的案件范围与不起诉的适用种类作出限定。以比例原则为指导,可以进一步明确裁量不起诉的三阶段审查标准,依次根据应罚性标准、公共利益标准、适宜性标准对案件进行审查,从而决定是否起诉以及作出何种不起诉决定。

关键词 裁量不起诉 酌定不起诉 附条件不起诉 比例原则 罪刑均衡

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2026.02.012

目 次

- 一、裁量不起诉的界定
- 二、我国裁量不起诉的扩张及问题
- 三、裁量不起诉的基本原则
- 四、裁量不起诉的审查标准

^{*} 北京理工大学法学院教授。本文系 2025 年度最高人民检察院检察理论研究课题“刑事案件不起诉标准研究”(项目批准号: GJ2025B03) 的阶段性成果。

一、裁量不起诉的界定

裁量不起诉是指对符合法定起诉条件的刑事案件,检察官得依据个案情况享有一定自由裁量权而作出不起起诉决定。裁量不起诉的前提是案件已经符合追诉的证据标准和法律条件。对于不符合追诉的证据标准或法律条件的案件,检察官应当作出证据不足不起诉或法定不起诉的决定,此时检察官并不享有选择起诉或不起诉的裁量权。但是,对于具备法定起诉条件的案件,检察机关并非一律要提起公诉,而是可以根据个案情况考量追诉的必要性(或适当性),在进行刑事政策考量或利益权衡之后决定起诉或不起诉。

有观点认为,检察官在审查案件是否符合起诉条件时,对证据充分性的判断以及法律规范的解释与适用,均涉及裁量权的行使,因而证据不足不起诉也应属于裁量不起诉。^①然而,检察官对于案件事实与法律条件的判断并不是真正的裁量,而分别属于自由心证和法律解释。^②此种对事实或法律的“裁量”不仅出现在证据不足不起诉中,还贯穿于检察官审查起诉的所有案件,与起诉裁量权的性质殊异。检察官是否享有起诉裁量权,是起诉法定原则与起诉便宜原则的本质差异,应在此理论语境下对裁量不起诉的含义进行界定。据此,是否符合法定起诉条件,是区分裁量不起诉与法定不起诉、证据不足不起诉的明确标准。

依据我国刑事立法及司法实践,我国的裁量不起诉制度主要包括如下种类:一是《刑法》第37条及《刑事诉讼法》第177条第2款规定的酌定不起诉(或称相对不起诉)。《刑事诉讼法》第290条规定的和解不起诉实际上也属于酌定不起诉。二是附条件不起诉,即《刑事诉讼法》第282条规定的未成年人附条件不起诉。在我国司法实践中,检察机关在酌定不起诉框架下也展开了轻罪案件附条件不起诉的探索。^③三是《刑事诉讼法》第182条规定的认罪案件特殊不起诉。第三种裁量不起诉针对特殊类型案件,实务中适用率极低,其制度原理除起诉便宜原则外还涉及国家重大利益的特殊考量,适宜另行探讨。本文以普通刑事案件中的裁量不起诉为研究对象,重点探讨前两种裁量不起诉。

近年来,我国犯罪结构呈现明显的轻罪化,近五年来判处三年(含)有期徒刑以下刑罚占比保持在82%以上。^④随着轻罪案件数量的增加,为节约司法资源并减少犯罪标签的负面影响,裁量不起诉在实践中获得了扩张适用,但与此同时,诉与不诉界限不清、不起诉种类适用混乱等问题也日益突出。针对司法实践中的问题,最高人民检察院对不起诉案件的办理提出了新的要求。《“十四五”时期检察工作发展规划》明确要求检察机关“依法行使不起诉裁量权”。2024年全国检察机关刑事检察会议进一步要求,“严

① 参见[美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯:《裁量正义》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第218页。

② 参见孙远:《起诉裁量权的概念、范围与程序空间》,载《求是学刊》2022年第1期,第96页。

③ 参见陈瑞华:《轻罪案件附条件不起诉制度研究》,载《现代法学》2023年第1期,第145页。

④ 参见《刑事检察工作白皮书(2024年)》,载最高人民法院官网, https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202503/t20250309_688590.shtml, 2025年3月12日访问。

格把握起诉法定标准,依法准确规范适用不起诉,既要防止该用不用,又要防止不该用而用”^⑤,并高度重视对刑事案件不起诉标准的研究。此外,在《刑事诉讼法》即将进行第四次修改之际,增设轻罪案件附条件不起诉制度的主张在学界和实务界呼声甚高。一旦在普通刑事案件中增设附条件不起诉,并与酌定不起诉并立,必须全盘考虑二者在不起诉体系中的定位。这些问题看似为单纯的程序法问题,实则直指裁量不起诉的实体根据,后者乃裁量不起诉制度“安身立命”之本。针对具体问题虽可提出各式对策,但若要想获得统一、融贯的解决方案,则应对裁量不起诉制度的理念和体系有整体的把握。

为此,与我国刑法学界大多关注不起诉制度的程序规制不同,本文聚焦于裁量不起诉的实体规制,并将其置于不起诉制度的整体框架下展开考察:首先,揭示裁量不起诉在我国的扩张趋势及突出问题,论证对其进行实体规制的必要性。其次,阐述比例原则应当成为规制裁量不起诉的核心原则,并探究比例原则在裁量不起诉中的具体应用。最后,以比例原则为指导进一步明确裁量不起诉的三阶段审查标准,旨在为类案不起诉标准的制定提供参考并辅助个案不起诉决策,达到准确、规范适用不起诉制度之目的。

二、我国裁量不起诉的扩张及问题

(一) 我国裁量不起诉的扩张趋势

近年来,随着我国刑事立法的扩张及轻罪案件数量的增加,在司法中贯彻宽严相济刑事政策获得了更多强调。我国检察机关不起诉裁量权的实践适用呈现明显扩张趋势,具体表现在以下方面:

第一,酌定不起诉率持续增长。长期以来,我国刑事诉讼制度秉承起诉法定原则,酌定不起诉的适用在制度和实践层面均受到严格的限制。但近年来的司法数据显示,我国的酌定不起诉率已从2015年的3.45%逐步上升至2020年11.43%。^⑥2022年,我国检察机关的不诉率升至26.3%。^⑦2023年全国检察机关作出酌定不起诉的人数为49.8万人,同比上升12.6%。^⑧据笔者调研,在部分检察院,酌定不起诉的适用率甚至超过30%。

第二,检察机关享有的不起诉裁量权实质上有所扩大。酌定不起诉率的持续增长固然与立法新增若干轻罪罪名有关,但从司法实务来看,检察机关对传统犯罪也扩大了酌定不起诉的适用。以故意伤害罪为例,笔者从2019年至2021年某省辖区内检察机关办理的故意伤害案中,选取了符合以下三个条件的案件作为考察样本:(1)被害人伤

^⑤ 史兆琨、单鸽:《循本归源,刑检实践再启新程——来自全国检察机关刑事检察工作会议上的特别报道》,载最高人民法院官网, https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/202411/t20241122_674083.shtml, 2025年3月12日访问。

^⑥ 参见赵兴洪:《酌定不起诉的时代命运》,载《中国刑事法杂志》2022年第2期,第75页。

^⑦ 参见《最高人民法院工作报告(2023年)》,载最高人民法院官网, https://www.gov.cn/xinwen/2023-03/17/content_5747234.htm, 2024年7月30日访问。

^⑧ 参见《最高人民法院工作报告(2024年)》,载最高人民法院官网, https://www.spp.gov.cn/spp/jcgxxgc2024lh/202403/t20240315_650040.shtml, 2024年7月30日访问。

情为轻伤二级；（2）犯罪嫌疑人认罪认罚；（3）犯罪嫌疑人已取得被害人谅解。对该类案件，该省辖区内检察机关3年期间作出酌定不起诉的比率分别为13.10%、35.47%、51.68%。可以发现，尽管案件的主要情节相同，酌定不起诉的比率仍呈逐年上升趋势。对于“犯罪嫌疑人使用凶器”这类通常被视为情节较重的故意伤害案件，近年来酌定不起诉适用率也呈现明显的增幅。2019年至2021年，在符合上述三个条件且使用凶器的故意伤害案中，适用酌定不起诉的案件占比为8.91%、25.4%、41.79%。^⑨上述统计数据在一定程度上表明，检察机关正在更为积极地适用酌定不起诉。

第三，轻罪案件附条件不起诉在实践中的兴起。我国《刑事诉讼法》针对普通刑事案件仅规定了酌定不起诉制度，难以满足审前分流的现实需要，亟需立法增设轻罪案件的附条件不起诉制度。在司法实践中，轻罪案件附条件不起诉往往是以《刑法》第37条、《人民检察院刑事诉讼规则》第373条规定的非刑罚措施形式出现，是检察机关“做好不起诉后半篇文章”，参与社会治理的体现。尽管该类不起诉以酌定不起诉的名义进行，但检察机关责令犯罪嫌疑人在一定期间内履行具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失等义务，并将义务履行情况作为决定不起诉的条件，具有明显的附条件不起诉制度的特征。除适用法律明确规定的非刑罚措施之外，各地检察机关探索的非刑罚措施还包括修复犯罪损害、参加社会公益服务等，这些措施在醉驾、交通肇事、环境污染、故意伤害等案件类型中均有适用。为解决在成年人案件中适用附条件不起诉的合法性问题，试点检察机关大多要求社会公益服务的履行须以认罪认罚从宽制度为制度依据，以犯罪嫌疑人自愿参与为前提。

（二）裁量不起诉运用的实践问题

伴随着裁量不起诉在司法实践中的扩张适用，该制度在运行过程中也出现了一些问题，具体如下：

第一，不起诉裁量权的运用不均衡。司法实践中，我国酌定不起诉的适用率存在显著的地区性差异。就醉驾案件而言，我国中部地区某市酌定不起诉的适用率为9.68%，^⑩东部地区某省适用率为36.5%，^⑪而S省G市检察机关2023年的适用率已达53.96%^⑫。此外，酌定不起诉适用的罪名范围十分狭隘，主要集中于危险驾驶、交通肇事、故意伤害、盗窃四类案件。例如，H省X市检察机关2023年作出的不起诉案件中，四类罪名在所有酌定不起诉案件中的人数占比分别为36.8%、11.8%、8.3%、7.0%，累计超过酌定不起诉总人数的60%。^⑬J省Q区人民检察院2018年至2022年8月期间作出的酌定不

^⑨ 案例检索源于威科先行数据库。案例年份选择截至2021年的主要原因是裁判文书上网案例在2021年之后有所减少，不能准确反映实践情况。

^⑩ 参见史立梅：《论醉驾案件的程序出罪》，载《中国法学》2022年第4期，第255-256页。

^⑪ 参见王敏远：《“醉驾”型危险驾驶罪综合治理的实证研究——以浙江省司法实践为研究样本》，载《法学》2020年第3期，第112页。

^⑫ 信息来源于笔者于2024年4月对S省G市检察机关的调研。

^⑬ 信息来源于笔者于2024年7月对H省X市检察机关的调研。

起诉案件中,四类罪名占比高达94.86%。^⑭对其他轻罪罪名,检察机关不起诉裁量权的运用并不充分。司法实务中对裁量不起诉“不敢用、不会用”的现象仍然突出。

第二,起诉与裁量不诉的界限不清,导致法律适用不平等。适用酌定不起诉的条件是案件犯罪情节轻微,但“犯罪情节轻微”大多依赖承办检察官的主观判断,易导致同案不同诉的问题。例如,刘某某与韩某某均涉嫌非法占用林地,案发后均如实供述犯罪事实,认罪认罚并补植复绿。刘某某占用林地87.1亩,韩某某占用14.4亩,但最终处理上检察机关对前者作出酌定不起诉的决定,对后者则提起公诉,建议判处有期徒刑两年以下,适用缓刑并处罚金。^⑮最具代表性的情形是醉驾案件的不起诉。《刑法修正案(九)》实施后,我国多个省市出台了办理醉驾案件的细则或会议纪要,试图统一本地区起诉的尺度,但不同省市制定的不起诉标准有较大差异。直至2023年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部出台《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》,明确规定了适用法定不起诉的情形,列举了酌定不起诉的考量因素,才结束了各地醉驾案件执法、司法标准不统一的现状。由此可见,对类罪制定细化的不起诉标准,是规范不起诉裁量权行使的合理路径。

第三,法定不起诉、酌定不起诉与附条件不起诉的界分标准模糊。《刑事诉讼法》第16条第1项规定的“情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪”的不起诉性质上为法定不起诉,但检察官对犯罪情节是否“显著轻微、危害不大”确有主观裁量权限,在司法适用中往往与酌定不起诉混淆不清。例如,朱某先后三次盗窃谢某在单位门口种植的多肉植物,案发后如实交代事实并将所盗价值98元的物品交还给谢某。办理该案的公安机关与检察机关即对该案情节系“显著轻微”还是“轻微”产生了根本分歧。^⑯附条件不起诉与法定不起诉、酌定不起诉也存在界分标准不清晰的问题,导致司法实践中“法网扩张”,即对一些应当直接放弃追诉的刑事案件,检察官仍对犯罪嫌疑人附加了额外的义务,将其纳入社会控制体系。例如,吕某某在杂货店里分四次盗走鸡蛋等食物共计人民币40.53元。吕某某系初犯,自愿认罪认罚,赔偿人民币1000元并取得被害人谅解。对于犯罪情节如此轻微、社会危害性不大的盗窃案,检察机关却要求其参与社区志愿服务60小时,经考察合格后才作出不起起诉决定,使被不起诉人承担了不必要的人身和财产的负累。^⑰在另一些案件中,检察机关对应当采取矫治教育措施甚至应予起诉的犯罪嫌疑人,反而直接作出不起起诉决定。如“李某某盗窃案”中,承办检察官认为犯罪嫌疑人赔偿到位并取得被害人谅解,决定作酌定不起诉,却忽视了李某某盗窃次数达几十次之多的犯罪情节,李某某在被宣布不起起诉后再次实施盗窃。^⑱

^⑭ 参见谢小剑:《少捕慎诉慎押背景下裁量不起诉适用的发展与完善》,载《中国刑事法杂志》2023年第1期,第75页。

^⑮ 参见贵州省惠水县人民检察院惠检生态刑不诉〔2019〕212号不起诉决定书;河北省宽城满族自治县人民检察院宽检二部刑诉〔2020〕12号起诉书。

^⑯ 参见最高人民检察院指导性案例第209号(2024年)。

^⑰ 参见福建省福州市台江区人民检察院台检公诉刑不诉〔2018〕73号不起诉决定书。

^⑱ 案例来源于笔者于2024年7月对J省N市J区检察官的访谈。

第四,轻罪案件附条件不起诉的适用亟待统一的规范。各地检察机关对轻罪案件附条件不起诉的试点探索中,对适用范围、条件、时长等方面均有不同的理解。就适用范围而言,案件范围是参照未成年人附条件不起诉制度限定为可能判处一年有期徒刑以下刑罚的案件,还是扩展至可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件,是适用法定刑还是宣告刑,理论和实务界尚未形成共识。就适用条件而言,检察官在何种情形下可以决定适用非刑罚措施,以及其能够决定的非刑罚措施的种类及履行程度,各地均有不同的实践。就犯罪嫌疑人履行公益劳动的时长而言,检察机关有的以小时为单位,有的以天为单位。短的仅设置 24 小时或 3 天,长的则设置 120 小时或 1 个月。诸多实践问题表明,应当厘清裁量不起诉的理论体系,明确附条件不起诉在其中的地位和功能,以便对其进行系统的建构和规范。

(三) 裁量不起诉扩张适用的制度风险

裁量不起诉是检察官对依据刑法已经构成犯罪的案件作出不起诉的决定,换言之,检察官对立法界定为犯罪的行为没有交付法院审判,而是依其自由裁量权作不诉处理,产生终止刑事诉讼程序的效力。超越法律授权滥用裁量不起诉制度存在如下风险:

首先,倘若不起诉制度缺乏清晰的不起诉政策及标准,往往会导致司法实践中不起诉裁量权的任意行使。一旦检察机关基于宽泛的裁量权对应当追诉的案件放弃追诉,将会导致虚置刑法规范的困境,即本应由立法机关划定的犯罪边界,在实践中却演变为检察机关通过裁量不起诉制度决定谁应当受到刑事制裁。裁量不起诉的行使还可能对法律的平等原则形成冲击,损害法的明确性与安定性。法律面前人人平等原则要求对相同或相似情形予以平等对待,然而,需要斟酌个案情况的裁量不起诉容易导致选择性起诉的发生,损害法律的平等适用。此外,赋予检察官缺乏约束和指引的宽泛裁量权,也会导致国家刑罚权的实现具有很大的不确定性,公民对刑法规范有效性的信任将会受到削弱。总之,起诉法定原则体现了对形式法治的坚守:国家必须遵守由立法机关制定的规则。这些规则是公开的、一般性的,并不考虑特殊的和个别的因素,以保障法律的可预测性和平等适用。然而,立法者制定的抽象性规范难以全面涵盖形态各异的生活事实,具体案件的处理要达到符合正义观念的效果,必须赋予司法官员个案裁量的权力,以缓解法律的刚性。而且,正义观念也不再要求国家惩罚每桩已犯下的罪行;平等司法的原则也可以通过确立所有检察官都平等适用的不起诉标准而得以实现,^{①⑨}从而做到“等者等之,不等者不等之”。可见,防止滥用不起诉制度的关键是将其运用限定于真正有必要的案件,并制定公开、统一、明确的不起诉标准,以维护法律实施的确定性、平等性及可预测性。

其次,裁量不起诉的过度扩张及滥用还可能会对法官行使审判权构成威胁。第一,检察官作出的裁量不起诉决定替代了法官对刑事案件的审判权。尽管裁量不起诉是由检察官作出的程序性处理决定,而非法官的裁判,不发生一事不再理的效力。^{②⑩}但是,绝

^{①⑨} 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事程序法原理》,江溯等译,中国法制出版社 2021 年版,第 194 页。

^{②⑩} 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》(第 7 版),张凌、于秀峰译,法律出版社 2019 年版,第 208 页。

大多数裁量不起诉的案件都不会再启动追诉程序。这意味着检察官成为“法官之前的法官”^{②①},掌握着选择哪些案件进入审判程序的巨大权力。在检察官错误适用裁量不起诉的案件中,犯罪嫌疑人即可逃脱法院的审判和惩罚。裁量不起诉适用的案件范围越宽泛,审判权域就越会受到压缩。第二,附条件不起诉意味着检察机关享有认定被不起诉人有罪并采取实体性处分措施的“准法官”权力。附条件不起诉与无罪推定原则存在一定的抵牾。理论上,附条件不起诉决定是在确认被不起诉人有犯罪事实的基础上作出的。检察官责令犯罪嫌疑人履行缴纳罚款、参与社会公益劳动、接受矫治措施等义务,这些措施虽非刑事处罚,但已构成对犯罪嫌疑人人身或财产权利的限制。此类积极处遇措施的适用,必然以认定犯罪嫌疑人存在实质犯罪行为为前提。通过对犯罪嫌疑人作出实质的有罪认定并对其施加积极处遇措施,检察官享有了准司法官的权力。^{②②}诚然,从世界范围来看,放弃审判制度已经发展并被广泛适用,审判中心主义也并不要求所有的刑事案件都要进行公诉和进行正式的审理。但是,起诉裁量权的适用带来的“检察官司法”现象是不可忽视的。它使检察官享有决定犯罪嫌疑人是否受到刑事制裁及接受何种处遇的司法权力,可能导致法律适用不平等、法网扩张等弊端,从而使规范不起诉裁量权的行使、限缩裁量不起诉制度的不利影响成为必要。

(四) 裁量不起诉实体规制的必要性

我国裁量不起诉制度的实践问题及扩张风险表明,应当对裁量不起诉进行合理规制。长期以来,我国学界对裁量不起诉的研究侧重于不起诉裁量权的程序侧面,主张通过公开听证等程序机制防止起诉裁量权的滥用,而较少关注裁量不起诉的实体侧面。对裁量不起诉制度进行实体规制有两种基本路径:一是制定裁量不起诉的基本原则与一般性审查标准;二是对常见罪名制定类罪的具体审查标准。前者为后者之基础。笔者认为,裁量不起诉的实体规制对约束和合理运用不起诉裁量权具有重要价值。

第一,裁量不起诉的实体规制是合理扩张我国检察机关不起诉裁量权的前提。我国对不起诉裁量权的运用长期持谨慎控制的态度,对检察官滥用权力的担心是反对扩大其裁量权的有力理由。在合理扩张检察官不起诉裁量权的同时,应当确立有效的制度防范其滥用的风险。域外对检察官行使不起诉裁量权有相应的指引或规制,如欧洲委员会建议检察机关建立层级的组织结构、制定执行刑事政策的一般准则、制定可用以指导个案决策的一般性原则和标准,以促使检察官能够公正、有效、一致地行动。^{②③}我国检察机关的上下级领导体制为规范行使不起诉裁量权奠定了组织基础。宽严相济刑事政策为作出裁量不起诉决定提供了明确的政策指引。当前,最关键的任务是确立清晰、统一的不起诉适用原则与标准,以确保不起诉裁量权能够公正、一致地行使。

^{②①} 前注^{①⑨},托马斯·魏根特书,第185-186页。

^{②②} 参见[日]葛野寻之:《起诉犹豫与审判中心主义》,方海日译,载陈卫东主编:《刑事诉讼中的公诉与公判:第四届中日刑事诉讼法研讨会论文集》,中国法制出版社2024年版,第13页。

^{②③} See Recommendation Rec(2000)19 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System, section 36(a).

第二,裁量不起诉的实体规制是构建不起诉程序制约机制的基础。诉讼制约(自诉制度)和行政管理(如检察院内部审批程序、不起诉案件质量评查等)是我国控制检察官不起诉裁量权的主要手段。然而,任何的程序制约机制都应当有相应的实体标准,据以判断检察官的不起诉决定是否错误或任意。否则,即便由不同的主体对不起诉决定进行复核审查,也不能杜绝评判的主观性和任意性,反而会对检察官行使不起诉裁量权形成负向激励,导致检察官在适用裁量不起诉时趋于保守,进而影响案件的正确处理。

第三,裁量不起诉的实体规制能够从根本上解决不起诉裁量权运用涉及的司法公正问题。确立裁量不起诉适用的原则及标准,一则能够防止法律适用的不平等,杜绝选择性起诉、歧视性起诉现象,保障起诉政策获得统一的贯彻;二则能够增强不起诉决定的公开性和透明性,避免其沦为检察官的暗箱操作;三则能防止被不起诉人的权益受到不必要的减损,防止“法网扩张”的负面效应。

第四,裁量不起诉适用的原则和标准能够保障不起诉决策获得最佳的执行。对自由裁量权的规制不能以刚性的方式实施,否则会造成司法和执法的僵化。一般性原则及标准的制定既能够明确不起诉决定应该考虑的因素,辅助检察官在个案中作出合理的决策,也具备必要的弹性,能够容许检察官对具体案件的个别、特殊情形作出调整和回应。

三、裁量不起诉的基本原则

裁量不起诉制度不仅顺应了现代社会运用多元手段控制犯罪的时代趋势,也是负荷沉重的刑事司法系统正常运转的必然要求,但无节制地适用会带来危害法治的弊端。因此,起诉裁量权行使的范围及限度成为至关重要的问题。起诉是发动国家刑罚权的程序,检察官在权衡诉与不诉时,应当考量动用刑罚干预公民基本权利是否适当。此外,起诉裁量权范围的界定还涉及立法权、审判权与检察权之间的动态制衡。对此,作为限制国家公权力的基本原则——比例原则能够为裁量不起诉的行使划定合理的限度。

(一) 比例原则是规制裁量不起诉的核心原则

比例原则渊源于权力行使的合比例思想。广义的比例原则与“禁止过度”的概念相当,即国家同时作为个人自由与公共福祉的维护者,在为公共福祉之目的而牺牲个人自由时,应确保该牺牲确有其正当性和必要性。比例原则主要调整手段与目的之间的关系,通常认为其具体内涵包括三项子原则,即适合性原则、必要性原则与狭义比例原则。适合性原则要求手段应当适合或有助于目的之达成。必要性原则也称最小干预原则,要求采取符合目的之最轻微手段,惟当已无其他同样有效且对基本权限制更少的方法时,采取该手段才是必要的。狭义比例原则要求限制基本权的手段之强度不应超过达成目的所需范围,且因其限制所造成之不利益不得超过其所欲维护之利益(即法益权衡问题)。^{②④}

^{②④} 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),新学林出版股份有限公司2020年版,第325-326页。

从法哲学角度来看,合比例性思想的发展与正义理念息息相关。维亚克尔曾归纳出合比例性思想的三种源头:第一是报复性正义观的均衡性报复行为;第二是分配性正义的观点;第三,法基本上是为了个人或社会的利益而服务的手段,因此也可从中导出在手段与目的应有之关系的考量下,对法所可用手段之限定。^{②5} 第一种报应正义是正义最古老的含义,发展至今即为刑法中的罪刑均衡原则,而后面两种形态的正义理念赋予了比例原则在法律领域的广泛适用性。在权利与权力的冲突协调或利益公平分配的问题中,比例原则均可作为界定权力行使边界的基准。笔者认为,应以比例原则作为规制裁量不起诉的核心原则。

1. 比例原则是裁量不起诉正当事由成立之基础

裁量不起诉制度作为对起诉法定原则及其所维护的形式法治的突破,是为实现个案实质正义的权衡之举。之所以根据不同类型的事实可以对起诉法定原则产生偏离,是因为在这类案件中动用刑罚的得失不合比例,这也是裁量不起诉的正当性根据之一。

纵观世界各国,裁量不起诉的产生及发展主要基于如下理由:第一,缺乏预防必要性。刑罚并合主义要求,应当在报应刑的范围内实现一般预防与特殊预防的目的,是否判处刑罚须从刑事政策上考量是否具有预防的必要性。^{②6} 对于行为人缺乏预防必要而不需要判处刑罚的情形,检察官可以作出酌定不起诉的决定。第二,诉讼经济。节约司法成本、提高诉讼效率是现代国家扩大检察官不起诉裁量权的直接动因。基于诉讼经济原则,犯罪嫌疑人涉嫌数罪时,对其中于执行刑无实益的犯罪,检察官可以不予追诉。^{②7} 在涉众型犯罪案件中,诉讼经济往往作为起诉决定的一项重要考虑。^{②8} 第三,犯罪行为人已受惩罚或遭受严重损害。犯罪行为人在外国已经受过刑事处罚或将要受到刑事处罚,如果再对其科处刑罚过于严厉,则可以作出不起起诉决定(如我国《刑法》第10条规定)。犯罪行为人在外国实施了轻罪且因其犯罪已经受到了足够严重的痛苦,刑罚意欲发挥的报应与预防目的或已实现,基于人道主义的考量,再对其判处刑罚亦无必要(如《德国刑法典》第60条规定^{②9})。第四,通过非刑罚手段即能实现公共利益。国家控制犯罪可以有多种手段,当通过刑法手段实现的目的能够经由民事、行政、医疗等其他社会控制手段达成时,应当避免刑法的犯罪标签效应而运用其他手段。此为附条件不起诉制度的主要理论依据。对这类案件,检察官可以对犯罪嫌疑人附加赔偿损失、公益劳动、矫治措施等义务,对在考验期内完成义务的犯罪嫌疑人不提起公诉。

^{②5} 参见蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载《政大法学评论》第62期(1999年),第82-83页。

^{②6} 参见姜涛:《需罚性在犯罪论体系中的功能与定位》,载《政治与法律》2021年第5期,第114页。

^{②7} 参见[德]维尔纳·薄逸克、萨比娜·斯沃博达:《德国刑事诉讼法教科书》(第15版),程捷译,北京大学出版社2024版,第353页。

^{②8} 《英国皇家检察官守则》4.14(f)指出,“应该依据案件管理的效率原则进行起诉。例如,一件牵扯数个犯罪嫌疑人的案件,起诉可以限于主要参与者,以避免过长和过度复杂的诉讼程序”。The Code for Crown Prosecutors, section 4.14(f).

^{②9} 如果行为人遭受的行为后果严重,判处其刑罚明显不当的,法庭可免除其刑罚,但行为人因其行为被判处1年以上自由刑的除外。检察院对此情形可以不提起公诉。参见徐久生译:《德国刑法典》,北京大学出版社2019年版,第32页。

可以发现,裁量不起诉正当事由的成立均以比例原则为基础:(1)对于具备刑事应罚性的行为,检察官仍应考虑犯罪行为是否具有需罚性。对责任刑轻且不具有预防必要的行为人进行追诉,违背了必要性原则。(2)基于诉讼经济的理由放弃追诉,是因为对轻微犯罪采取与严重犯罪同样的追诉方式及强度,诉讼程序所损耗的司法资源较之追诉犯罪的公共利益而言显失比例。此乃狭义比例原则的应用,亦是在权衡法益之后寻求公共利益的最大化。(3)犯罪行为人已受国外惩罚或遭受严重损害的不起诉,是因为行为人已经遭受足够的痛苦,不再具有刑事处罚的必要。此种裁量不起诉也仅应限于行为人的罪责与刑罚(或遭受后果)相当的情形,否则违反了狭义比例原则。(4)在非刑罚手段即能充分实现追诉犯罪的公共利益时,应当根据必要性原则放弃使用最为严厉的刑罚手段。上述情形中,无论是从保障个人自由还是实现公共福祉最大化的角度考量,起诉及刑罚的适用,都不是国家在所有可用手段中的最佳选择。可以说,裁量不起诉制度的正当性基础深深植根于比例原则。比例原则所强调的“必要性”与“手段与目的之均衡性”,为检察机关行使不起诉裁量权提供了核心的法理依据。

2. 比例原则是合理划定检察裁量权边界的基准

惩罚与制裁的实践涉及立法权、审判权、检察权的协作,需要根据比例原则在整体的政策框架中分配权力。若刑事立法呈现过度犯罪化倾向,或个案适用效果偏离社会利益与公众预期,就有必要在刑事司法上限制处罚的范围。在一些案件中,检察机关在刑事诉讼程序前端分流犯罪,有助于减少犯罪标签的不利影响并提高诉讼效率,但若将该权力宽泛地赋予检察机关,则会导致检察权对法院审判权的替代。可见,检察机关对刑事案件在何种范围内享有放弃追诉及附加义务的裁量权,涉及立法权、审判权和检察权的合理分配与制衡。

比例原则旨在处理手段与目的的关系,因而能够提供协调上述三种权力的基本路径:检察机关提起公诉、放弃追诉或附加义务,或是在不起诉后衔接行政、纪律处分,皆为“手段”。由于所有国家公权力的行使都应遵守比例原则,通过选择对公民基本权利干预最小且最能达到所欲目的之手段,就能确定国家对犯罪作出回应的最适当方式。举例而言,对符合追诉法定条件但情节轻微的犯罪提起公诉,虽然维护了立法权与审判权的权威,但国家动用了不合比例的强制力,对公民基本权利实施了过度干预,因而并非正当。此时,检察机关作出酌定不起诉的决定,是符合比例原则的适当处理。对于犯罪情节轻微但仍有预防必要性的犯罪嫌疑人,附条件不起诉能以最小程度的干预实现预防再犯的目的,相较于提起公诉和适用刑罚,是更为适宜的选择。由此可见,只要检察官的决定遵循了比例原则,无论其选择起诉、不起诉,还是作出特定类型的裁量不起诉,该决定都是在所有可选手段中应对犯罪最为恰当的方式。作为恰当性的正义要求按照“应得”对待所有人,^{③〇}一旦获取了这种恰当性,意味着检察机关在此种情境下取代立法机关的意旨抑或审判机关的判断即具有正当性。

^{③〇} 参见[英]杰弗雷·库珀特:《作为恰当性的正义》,马新晶译,江西人民出版社2020年版,第48页。

（二）比例原则的具体应用

比例原则贯穿了起诉裁量权的运用,不仅指导检察机关对追诉必要性的判断并适时作出酌定不起诉决定,也约束裁量不起诉的重要类型——附条件不起诉的适用。比例原则的三项子原则在裁量不起诉制度中均可适用。

第一,必要性原则。必要性原则在不起诉制度中有如下应用:(1)国家应将刑罚权作为最后手段,只有在其他较为轻微的制裁手段不足以抑制违法行为时才得发动,这也常被称为刑法谦抑原则。据此,检察官应当评价适用刑罚的必要性以决定是否起诉。若行为人犯罪情节轻微、缺乏预防必要而无须适用刑罚,应作出酌定不起诉的决定。若案件虽具有惩罚和预防的必要,但民事、医疗等非刑罚手段即能有效替代刑罚功能,则应适用更为轻微的手段,作出附条件不起诉的决定。(2)行政处罚亦构成对公民基本权的干预,应遵循必要性原则。对于不起诉后的行刑反向衔接机制,检察官也应当在确认案件存在行政处罚的必要后,再提出检察建议,移送有关主管机关处理。

第二,适合性原则。适合性原则要求手段适合目的之达成,主要适用于附条件不起诉中义务的设定。检察官对犯罪嫌疑人附加的义务,应当能够实现预期的惩罚、修复、矫治等目的。适合性原则有如下应用:(1)手段为目的服务。所附加的义务应当与犯罪的性质、原因、造成的损害存在关联性,否则不能促成目的之实现。(2)所附条件应当符合裁量不起诉的具体目的。例如,赔偿损失旨在修复犯罪造成的损害而非对犯罪嫌疑人施加惩罚,因此其弥补损害的义务不应超过民法规定的赔偿数额。若双方自愿达成和解协议则不受此限。在这类案件中,强调条件的合目的性,可以避免使附条件不起诉沦为“以钱买刑”,并实现对犯罪嫌疑人的公平处理。

第三,狭义比例原则。国家的追诉活动通过对犯罪行为人的惩罚恢复了法秩序,但同时可能会带来其他方面的不利益,如被害人的损害无法获得赔偿、行为人因犯罪标签而难以复归社会等。狭义比例原则要求对手段实现的利益与损害的利益进行权衡。英美法系国家裁量不起诉制度中广泛采取的“公共利益标准”,即包含了对起诉与不起诉实现的公共利益的综合考量。狭义比例原则在裁量不起诉制度中有如下应用:(1)追诉犯罪的公共利益应当高于放弃追诉的公共利益,否则,提起公诉不合比例。酌定不起诉与附条件不起诉的共性在于,具体案件中放弃追诉的公共利益均高于追诉犯罪的公共利益;差异在于,前者适用于追诉犯罪的公共利益缺失或轻微的案件,后者是追诉犯罪的公共利益并非轻微,需以其他手段弥补或抵消其负面后果。(2)附条件不起诉中,检察官对犯罪嫌疑人附加的义务,应当与犯罪嫌疑人的罪责严重程度和预防的必要性成比例。例如,《德国刑事诉讼法典》第153条a规定的一项义务为犯罪嫌疑人向公益机构或国库支付金钱。立法没有对金钱给付设定法定最高额度,但依据学者的解释,最高额度的界限应在与犯罪嫌疑人的罪责仍成适当比例之内,并且依其经济状况可期待有能力负担。^③同理,犯罪嫌疑人履行的公益服务时长,也应当与其罪责和预防必要成比例。

^③ 参见林钰雄、王士帆、连孟琦:《德国刑事诉讼法注释书》,新学林出版股份有限公司2023年版,第449页。

（三）罪刑均衡原则的应用

1. 罪刑均衡原则的要求

罪刑均衡原则实际上是狭义比例原则的应用,即刑罚的强度应当与其意欲实现的刑罚目的之间具有某种相称关系,旨在防止“为了追求威慑或其他功利的目的而科处不合比例的严苛刑罚”^{③②}。该原则在我国《刑法》第5条亦有体现。根据并合主义,罪刑均衡原则是指行为人的罪责(责任)乃刑罚之上限,任何人不应因一般或特别预防之理由而受超过其犯罪行为及个人罪责的刑罚。^{③③}罪刑均衡原则中的均衡,意味着轻罪可能获得不起诉的处理,但并不意味着中等程度的犯罪不可能获得不起诉的处理。因为即使行为人的责任刑较重,也可能因为预防的必要很小而没有必要处以刑罚。

对裁量不起诉坚持贯彻罪刑均衡原则具有重要的意义。第一,检察机关对起诉便宜原则适用可能导致对立法权的替代。但是,对法律规范的偏离不能脱离行为及罪责的严重程度进行评估。在犯罪行为及行为人罪责轻微的情况下进行程序出罪,可以认为公民对法律规范有效性的信任并没有从根本上动摇。^{③④}第二,罪刑均衡原则能够防止检察权架空审判权。对严重犯罪不应以不起诉的方式出罪。即使根据个案的具体情节不需要适用刑罚,也应当将这类犯罪纳入司法权处置的范畴,由法官作出免于刑事处罚的判决。第三,应当承认报应论在一定范围内是不能放弃的。对严重犯罪有必要保留刑罚的适用,确保被害人及公众报应的愿望得到实现,并减少自力救济、私刑等破坏法秩序的行为。

根据罪刑均衡原则的要求,应当重视责任刑对裁量不起诉的限制功能。具体而言:(1)酌定不起诉将直接导致刑事诉讼程序终止的法律效果,因此要求行为人的罪责(客观不法性和主观有责性)必须轻微。如果行为人的罪责本身较为严重,那么即便其预防必要性较低,检察机关也应提起公诉,以实现刑罚的报应功能。(2)附条件不起诉的适用范围可适当宽于酌定不起诉。因其通过附加特定义务,能够起到补偿公共利益、恢复法规范有效性的作用,故可适用于行为人罪责程度相对较高的情形,但罪责也不应达到严重程度。(3)犯罪行为给行为人自身造成了严重伤害,对其判处刑罚明显不当的情形,检察官可以作出裁量不起诉的决定。该类不起诉同样应以行为人罪责轻微为前提,如因轻微交通违法导致自身重伤的情形。反之,若犯罪后果虽轻但行为人罪责严重,则不得适用裁量不起诉。^{③⑤}以罪责“轻微”“不严重”等标准作为限定依据,虽能提供一定指引,但由于其抽象性容易导致司法实践中尺度不一。为贯彻罪刑均衡原则,有必要进一步明确裁量不起诉适用的案件范围。

^{③②} Morris J. Fish, *An Eye for an Eye: Proportionality as A Moral Principle of Punishment*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.28:1, p.68 (2008).

^{③③} 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第162页。

^{③④} Vgl. Janique Brüning, *Die Einstellung nach § 153a StPO Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, ZIS 12 (2015), S. 587.

^{③⑤} 参见[瑞士]古尔蒂斯·里恩:《美国和欧洲的检察官——瑞士、法国和德国的比较分析》,王新玥、陈涛等译,法律出版社2019年版,第153页。

2. 罪刑均衡原则对案件范围的限定

关于裁量不起诉适用的案件范围,在我国历来有以“法定刑”或“宣告刑”限定的争议。持“法定刑”观点的学者认为,我国普遍将三年有期徒刑以下刑罚的案件视为轻罪案件,因此酌定不起诉的案件应原则上限定为法定刑三年有期徒刑以下的案件。^{③⑥}持“宣告刑”观点的学者认为,以法定刑为标准会过于限缩酌定不起诉的案件范围,因而主张酌定不起诉应是宣告刑为不需要判处刑罚的案件,^{③⑦}附条件不起诉的案件应限定为可能判处三年以下有期徒刑的案件^{③⑧}。

依据罪刑均衡原则,对裁量不起诉的适用发挥限制作用的应当是责任刑而非法定刑或宣告刑。法定刑的轻重基本反映了责任刑的轻重。但是,我国刑法规定了若干减轻、免除处罚的情节,后者也属于影响责任刑的情节。若以法定刑为标准而不考虑减轻、免除处罚情节对法定刑的修正,无疑会限缩裁量不起诉的适用范围。宣告刑是经过责任刑与预防刑的综合判断之后,最终对被告人判处的刑罚。确定宣告刑的过程没有区分责任刑情节与预防刑情节,也没有考虑责任刑对预防刑的制约。因此,责任刑重的犯罪行为可能因预防的必要性很小宣告刑较轻,进而符合以此确定的不起诉的案件范围,从而违反了罪刑均衡原则。再者,如前所述,从司法统计数据来看,我国法院近五年来判处三年有期徒刑以下刑罚的案件占比在80%以上。若据此认为我国80%以上的刑事案件均可由检察官作出裁量不起诉的处理显然不符合实际。

笔者认为,酌定不起诉和附条件不起诉适用的案件范围应当采用不同的标准。酌定不起诉适用的案件范围适宜以宣告刑为标准。不需要判处刑罚是检察官决定适用酌定不起诉的标准,而该标准已经能够体现行为人的罪责轻微。因为只有责任刑轻且预防必要性小,才可能综合得出行为人的宣告刑为免除刑罚或不需要判处刑罚。为保证办案的效率和标准的简单清晰,无须专门对酌定不起诉适用的案件范围设立责任刑的限制。而附条件不起诉则应当以责任刑作为案件范围的标准,适用于责任刑为三年以下有期徒刑的案件。影响责任刑的量刑情节包括不法事实(法益侵害事实)和表明责任程度的事实。与宣告刑不同,责任刑的确定尚未考虑预防刑的情节,因而能够将案件范围限定为行为人罪责较轻的案件,防止检察机关对罪行严重的行为人轻率地作出罪处理。

此外,对附条件不起诉还应设立罪名的限制。裁量不起诉制度作为程序出罪机制,具有强烈的刑事政策面向,应当贯彻宽严相济刑事政策,根据不同时期的社会经济条件和治安形势确定一般性的标准。这要求司法者充分考量刑罚的一般预防功能。例如,对于严重影响人民群众安全感的故意杀人罪,即便行为人缺乏特殊预防的必要,但因为具有一般预防的必要,不宜作不起诉的处理。域外同样如此,如美国很多司法辖区的

^{③⑥} 参见彭东、张寒玉:《检察机关不起诉工作实务》,中国检察出版社2005年版,第76页。

^{③⑦} 参见前注^{①④},谢小剑文,第85页。

^{③⑧} 参见吕卫华、刘辰、刘中琦:《加强不起诉裁量权运用的法理基础与机制完善》,载《人民检察》2022年第11期,第59页。

审前转处项目明确排除了部分罪名的适用,如性犯罪、暴力犯罪、家庭暴力犯罪、持枪犯罪。^{③⑨}我国《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》第3条也明确规定,“对黑恶势力犯罪、严重暴力犯罪、毒品犯罪、性侵未成年人犯罪等危害严重的犯罪,在确定从宽的幅度时,应当从严掌握”。笔者认为,除轻微毒品犯罪之外,上述列举的犯罪均应排除出附条件不起诉的适用范围。我国对毒品犯罪一贯采取零容忍的刑事政策,但实践表明,仅依赖刑法手段进行严厉打击并不能起到遏制毒品犯罪的预期效果。从域外国家毒品犯罪立法和司法的实践来看,德国、荷兰、加拿大等国均出现了对轻微毒品犯罪除罪化和非刑罚化的趋势。笔者认为,对非法持有毒品、零包贩毒的初犯、偶犯等轻微毒品犯罪案件,应当容许对犯罪嫌疑人适用附条件不起诉,通过附加戒瘾治疗等矫治类措施促进其复归社会。在采用刑事手段严厉打击毒品犯罪的同时,采用多元综合的治理手段,可以更加有效地预防和治理毒品违法犯罪。

四、裁量不起诉的审查标准

裁量不起诉的审查标准是对比例原则的应用和细化,可以为类案不起诉的标准制定提供指引。检察官在处理个案时,也可以据此决定是否不起诉以及作出何种类别的不起诉。针对我国司法实践中的突出问题,裁量不起诉有三个基本界限需要划分:一是起诉与不起诉;二是犯罪情节显著轻微的法定不起诉与酌定不起诉;三是酌定不起诉和附条件不起诉。

以比例原则为指导,可以根据应罚性标准、公共利益标准、适宜性标准依次进行三阶段的审查。审查的逻辑是:(1)行为人的不法行为是否达到犯罪行为质和量的严重性而构成犯罪,是否具有应罚性。如否,国家动用刑罚就是不合比例的。(2)如果达到了,案件是否具有追诉的公共利益,追诉犯罪的公共利益是否超过了其损害的公共利益。如果追诉犯罪明显符合公共利益,则提起公诉是适当的;否则,提起公诉就是不合比例的。(3)如果放弃追诉,是否有惩罚行为人、预防再犯或修复损害的需要,是否存在适宜的非刑罚措施能够达到此目的。如是,检察官应当作出附条件不起诉的决定;如否,对被不起诉人科处非刑罚措施就是不合比例的。

(一) 应罚性标准

对犯罪情节显著轻微,不具有应罚性的案件应当作出法定不起诉的决定。处刑必要性是以犯罪的应受处罚性为先决条件的。^{④⑩}按照罗克辛教授提出的“轻微性原则”,在确定大多数犯罪的构成要件时,可以在一开始就将那些仅具有轻微损害的行为排除出去,

^{③⑨} See Melissa Labriola et al., *Prosecutor-led Pretrial Diversion: Case Studies in Eleven Jurisdictions*, at <https://www.ojp.gov/library/publications/prosecutor-led-pretrial-diversion-case-studies-eleven-jurisdictions> (Last visited on June 18, 2024).

^{④⑩} 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第66页。

而被排除的这些轻微损害也属于社会容忍的内容。^⑪如果行为人的不当行为在性质和数量上不具有严重性,对法律秩序的损害非常轻微,以至于动用刑罚不合比例,那么应罚性便是缺失的。

“情节显著轻微危害不大”和“情节轻微不需要判处刑罚”的本质区别在于二者的性质。前者是基于应罚性欠缺而不构成犯罪,应作法定不起诉或宣告无罪;后者是行为虽然符合犯罪构成要件,但因需罚性欠缺而应作出酌定不起诉或定罪免刑的判决。换言之,应罚性仅需要考察不法行为本身;需罚性根据一般预防与特殊预防之目的,还需关注行为人在不法行为前后的表现。若不法行为达到了一定危害程度而符合犯罪构成要件,但行为人事后认罪悔罪、积极赔偿,表明其特殊预防必要性小,也可以作出酌定不起诉的处理。据此,我国一些司法解释规定的合理性值得讨论。例如,根据2022年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条第3款的规定,走私珍贵动物及其制品价值二万元以上不满二十万元,未造成动物死亡或者动物、动物制品无法追回,行为人全部退赃退赔,确有悔罪表现,情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。该条规定混淆了法定不起诉与酌定不起诉。我国刑法条文中关于罪量因素的规定本身就是具体犯罪的可罚性条件,^⑫符合该条第1款规定的“价值二万元以上不满二十万元的”罪量要素即具有应罚性。斟酌行为人的事后情节出罪,只能以“情节轻微不需要判处刑罚”作出酌定不起诉,而不应以“犯罪情节显著轻微危害不大”不认为是犯罪而出罪。

应罚性取决于三个因素:法益的价值、行为的危险性和行为人的有责性。^⑬首先,在法益的价值层面,犯罪行为应当侵害了重要的公共利益,因而需要动用国家刑罚权来实施惩罚。生命和身体完整性的法益通常具有更高的价值,而仅涉及轻微财产利益的犯罪往往可以运用民事手段来解决。其次,行为的危险性主要是指行为使用的方法或强度导致有必要运用刑罚对公众进行保护,如数额巨大的诈骗犯罪。在这类案件中,适用民事或行政手段进行救济是不充分的。基于一般预防的目的,也需要实施刑罚,以使公众了解实施这类犯罪行为是不可接受的。最后,关于行为人的有责性。刑罚的基本特征是具有剥夺性和谴责性。^⑭由于刑罚公开地表达对行为人的道德非难,有目的地使行为人承受羞耻和痛苦。因此,刑罚的使用只有在行为人“明显地蔑视相关法益和被害人利益时”^⑮才能合法化。

可见,应罚性标准的适用仍然贯穿了比例原则。不法行为所侵害的法益价值、行为的危险性及行为人责任的严重程度,应当与作为最后手段的刑罚的严苛性成比例。2022

⑪ 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第31页。

⑫ 参见陈兴良:《但书规定的规范考察》,载《法学杂志》2015年第8期,第2页。

⑬ 参见前注⑩,汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特书,第67页。

⑭ 参见[美]道格拉斯·胡萨克:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第144页。

⑮ 前注⑩,汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特书,第66页。

年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条可作为在类案中贯彻上述应罚性标准的司法解释示例。该条规定,“实施本解释规定的相关行为,在认定是否构成犯罪以及裁量刑罚时,应当考虑涉案动物是否系人工繁育、物种的濒危程度、野外存活状况、人工繁育情况、是否列入人工繁育国家重点保护野生动物名录,行为手段、对野生动物资源的损害程度,以及对野生动物及其制品的认知程度等情节,综合评估社会危害性,准确认定是否构成犯罪,妥当裁量刑罚,确保罪责刑相适应”。该条依据类罪的情形即较为全面地考量了决定应罚性的三类要素。

我国司法解释对“情节显著轻微危害不大”与“情节轻微不需要判处刑罚”大多共用情节标准,使得二者边界趋于模糊。^{④6}应当细化区分的具体内容,改变两种不起诉共用情节引发的适用困境。对此可有两种做法:一是对类型化的事由进行列举。例如,有学者对抽象危险犯的“情节显著轻微危害不大”归纳出危险阙如型、危险不能型和危险轻微型三种类型的事由。^{④7}二是通过制定类罪的司法解释对二者规定不同的情节,如《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》第12、13条分别对两种不起诉的情节作出了明确的界定。

(二) 公共利益标准

公共利益标准是指通过判断案件是否具有追诉的公共利益,追诉犯罪的公共利益是否高于其损害的利益,据此决定是否起诉。公共利益审查标准是典型的狭义比例原则的应用,即对手段实现的利益与损害的利益进行权衡。在英美法系国家,公共利益标准是检察官在认定案件满足起诉的证据标准后进行的第二阶段的审查。在我国的司法语境中,公共利益的考量通常体现为办案的“三个效果”,即政治效果、法律效果和社会效果。“三个效果”能够为检察官开展审查起诉提供必要的指引,但在适用时过于抽象,有必要通过具体列举需考量的因素加以细化。

依据英国、美国、加拿大等国的起诉指南性文件,审查案件是否具有起诉的公共利益通常包括几个方面的内容:一是犯罪的性质和情节;二是犯罪嫌疑人的罪责程度及个体情况;三是被害人受到的损害及其意愿;四是犯罪对社区造成的影响;五是其他需要维护的公共利益;六是是否有适当的替代措施可在不起诉的情形下使公共利益得到实现。^{④8}尽管英美法系国家对公共利益因素的列举较为详尽,但也存在仅列举因素而未明示权衡方法,难以区分微罪不诉和附条件不诉等问题。在借鉴域外国家的起诉指南的基础上,结合裁量不起诉的相关理论,可以确立我国裁量不起诉的公共利益审查标准。

1. 公共利益的考量因素

公共利益包括支持起诉的公共利益和反对起诉的公共利益。支持起诉的公共利益

^{④6} 参见夏伟:《“但书”出罪运行机制实证研究》,载《中国法学》2023年第4期,第261页。

^{④7} 参见前注^{④6},夏伟文,第258-259页。

^{④8} See The Code for Crown Prosecutors; Public Prosecution Service of Canada Deskbook. Guideline of the Director; The Criminal Justice Standards for the Prosecution Function (2017).

的考量因素主要包括:(1)罪行轻重。对罪行轻重的审查等同于责任刑的考量。具体因素包括犯罪的手段、次数、对象、后果、参与程度、时空环境,行为人的故意、过失及犯罪动机、目的,犯罪起因,被害人过错,是否具有防卫过当、避险过当、从犯、胁迫犯、教唆犯等加重、减轻、从轻、免除责任事由。(2)预防必要。在司法层面,预防刑的裁量应当兼顾一般预防与特殊预防的需要。就一般预防而言,对于某段时期根据社会治安形势需要严厉打击的犯罪,应当依据司法政策慎重适用裁量不起诉。及时且确定的刑罚更易实现一般预防的目的。如果犯罪行为的实行与被发现时间隔得太久,或者程序非常不合理地拖延时,就可能减弱追诉的公共利益。^{④⑨}就特殊预防而言,能够反映特殊预防必要性的情节包括:一是犯罪嫌疑人的年龄、成熟度,包括年少、年老等。在这方面,尤其应当考虑起诉对未成年人的未来造成的负面影响。二是是否初犯、偶犯,有无前科或违法行为、犯罪前的一贯表现。三是犯罪后的表现,如悔罪、自首、立功、坦白、与被害人和解、退赔退赃、修复法益等表明再犯危险性降低的行为。四是犯罪嫌疑人的其他个体情况,如智力程度、身体或精神残疾、认知障碍、个体的特殊脆弱性等。五是犯罪背后的原因,如犯罪嫌疑人实施犯罪是因为无家可归、贫困等。

反对起诉的公共利益通常涉及如下需要考虑的因素:(1)节省诉讼成本。诉讼经济的考虑不能成为决定公共利益的唯一因素。在考量诉讼经济利益时,应当主要考察诉讼成本是否与犯罪嫌疑人的罪责不成比例,若追诉较轻的犯罪却需要耗费大量的司法资源,就可以认定起诉损害的公共利益超过了保护的公共利益。(2)保护被害人、社会及国家的利益。一些案件中,不起诉能够更好地促使犯罪嫌疑人退赃退赔,修复犯罪损害的利益;起诉和审判可能对被害人及其亲属的身体或精神健康造成负面影响;不起诉能够有助于获取重要的资讯;或是起诉将不得不公开相关讯息,从而对讯息的来源、正在进行的侦查或是对国际关系或国家安全有所损害等。^{⑤⑩}(3)追诉的公平性。检察官应考察追诉或有罪判决的结果是否过于严酷。倘若犯罪嫌疑人已经或预期在其他程序中受到了应有的惩罚,如其已经受到了与其罪责相适应的行政处罚,或已经履行了民事赔偿行为,再对其科处刑罚会有失公平。(4)促使行为人承担责任、复归社会。不起诉能避免给行为人贴上犯罪标签,规避刑罚的负面效应。因此,检察官还应考量案件是否存在有效的非刑罚措施可以替代甚至超越刑罚功能实现公共利益最大化。非刑罚措施的存在本身即构成了一个强有力的支持“不起诉”的公共利益因素。具体而言,可参考如下因素判断采取非刑罚措施的有效性:犯罪嫌疑人是否曾经实施犯罪以及前罪实施的时间及性质;过去是否对其类似行为适用了附条件不起诉^{⑤⑪}、惩戒措施或医疗措施;犯罪嫌疑人是否表现出悔意(包括同意对被害人作出合理赔偿);犯罪嫌疑人是否对社区构成威胁;

^{④⑨} 参见前注^{③①},林钰雄等书,第444页。

^{⑤⑩} See The Code for Crown Prosecutors, section 4.14(g).

^{⑤⑪} 对于曾因类似行为被决定附条件不起诉的犯罪嫌疑人,若再次犯罪,检察官不宜再对其作出附条件不起诉的决定,因为此时适用非刑罚措施已难以实现预防再犯的功能。

其是否面临其他罪名的指控等。(5)社会的稳定和谐。对于涉众型经济犯罪案件,对在犯罪中层级较低、情节较轻的犯罪嫌疑人全部予以追诉会导致对数量众多的嫌疑人贴上犯罪标签,使其难以复归社会,甚至可能转化为社会的对立面。在此类案件中,应当重点打击单位犯罪的组织策划者和骨干分子,教育挽救大多数的一般参与者,对情节轻微者可以不予起诉。

2. 公共利益的裁量标准

首先,酌定不起诉中公共利益的裁量标准是“案件缺乏追诉的公共利益或者追诉的公共利益轻微”。它主要是指行为人的责任刑较轻且预防必要性很低,因此不具有追诉的公共利益。该判断主要应以刑罚目的为标准。依据我国《刑事诉讼法》第177条第2款,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”。我国学界对该规定存在不同理解。一种观点将“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”理解为必须符合刑法明确规定的免除处罚的法定情形。刑法规定免除刑罚的情形本身并不多,在确认犯罪嫌疑人具有以上情形后,还需满足犯罪情节轻微的条件,才能考虑适用酌定不起诉。^{⑤2}此种理解限缩了酌定不起诉的适用空间,导致部分案件的处理不甚合理。另一种观点认为,“不需要判处刑罚”情形是指《刑法》第37条规定的“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”的情形;而“免除刑罚”则需要满足刑法条文规定的应当或者可以免除刑罚的情形。^{⑤3}依据需罚性理论,应当对《刑事诉讼法》第177条第2款作后一种理解。即便案件没有刑法条文规定的“免除处罚”的情形,依据行为人的罪责程度和预防必要不需要判处刑罚时,也可以作出酌定不起诉的决定。

《刑事诉讼法》第177条规定的“情节轻微”是指案件与同类型的案件相比较时情节显然更轻。刑法分则中一些罪名以“情节严重”“情节恶劣”作为入罪条件,并不影响在这类犯罪中对符合构罪要件但情节轻微的个案作出酌定不起诉的决定。现行相关司法解释也支持该观点。例如,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条规定,“实施侵犯公民个人信息犯罪,不属于‘情节特别严重’,行为人系初犯,全部退赃,并确有悔罪表现的,可以认定为情节轻微,不起诉或者免于刑事处罚”。根据类案常见的责任刑和预防刑情节,可以进一步制定类罪的酌定不起诉标准。例如,对帮信罪进行不起诉裁量时,应当根据犯罪嫌疑人所提供银行卡数额、结算金额、退赔退赃金额、犯罪前科、实施犯罪时间长短、在犯罪活动中的层级职务和地位作用、是否曾实施过电信网络诈骗及关联行为、是否属于特殊群体(在校学生、残疾人等)、追诉成本等情节,综合评估其社会危害性,并对情节轻微不需要判处刑罚者作出不起诉决定。对于涉财类犯罪,建议由各省级人民检察院根据本地经济发展

^{⑤2} 参见陈光中主编:《刑事诉讼法》(第4版),北京大学出版社、高等教育出版社2012年版,第306-307页。

^{⑤3} 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2018年版,第371页。

水平统一制定类罪数额标准,以便更好地实现“同案同判”。需要指出的是,在进行个案裁量时,对数额标准的把握不宜过于僵硬。检察官应坚持综合裁量的方法,对于案件已达到数额标准但其他情节轻微的,也可以作出不起诉决定。

其次,附条件不起诉中公共利益的裁量标准是“放弃追诉的公共利益高于追诉犯罪的公共利益,且追诉犯罪的公共利益可以通过非刑罚措施予以弥补或抵消”。适用附条件不起诉的案件应当是行为人的责任刑为三年有期徒刑以下的案件,并排除前述禁止适用的罪名。在此案件范围内,检察官应当权衡案件涉及的利益因素,认为放弃追诉的公共利益要高于追诉犯罪的公共利益。若检察官认为二者轻重难以判断,则应当将案件起诉至法院由其裁断。“追诉犯罪的公共利益能否通过非刑罚措施予以弥补或抵消”则可运用适宜性标准予以审查。

(三) 适宜性标准

适宜性标准解决的是采取非刑罚措施的妥当性问题,即对被不起诉人应否科以非刑罚措施,以及科以何种非刑罚措施。审查非刑罚措施的适宜性实为比例原则的适用,可依次履行如下审查步骤:

第一,审查案件是否有惩罚行为人、预防再犯或修复损害的需要。国家的强制干预必须与犯罪的严重性相称,以避免对个人权利造成过度侵犯。假如犯罪相对轻微,缺乏惩罚、预防或修复的需要,就不能以良好的动机,以“为犯罪嫌疑人最佳利益”为名使其接受矫治或科以义务。^④在附条件不起诉与酌定不起诉的案件范围存在交叉时,可适用该标准区分二者的适用。^⑤

第二,结合案件及被追诉人的情况,选择适宜的民事、行政、医疗等非刑罚措施。检察官应根据欲实现的目的确定所附条件的种类。对需要降低再犯风险,重建法规范意识的犯罪嫌疑人,可以采取公益劳动、法制培训课程等形式,对其进行教育引导。因犯罪侵害了被害人及社会利益需要弥补损害的,可以采取赔礼道歉、赔偿损害、恢复原状、修复生态等非刑罚措施。建议《刑事诉讼法》再修改时增设医疗矫治类的非刑罚措施,即对毒品、酒精等有成瘾性依赖或具有心理矫治需要的犯罪嫌疑人,检察官可以要求其接受相应的戒瘾矫治措施,并以犯罪嫌疑人遵守法规及完成治疗项目为最终作出不起诉决定的条件。总之,手段为目的服务,附条件不起诉中所附条件应当与犯罪的性质、原因、造成的损害具有关联性。

第三,依据手段所追求的目的,相关义务的履行应当是合乎比例的。修复类措施的适用应以弥补犯罪所造成的损害为必要,惩罚、矫治类措施的适用强度应当与犯罪嫌疑人的罪责程度与预防必要性成比例。以法国为例,依据其《刑事诉讼法典》第41-1、

^④ 参见[英]安德鲁·阿什沃斯:《量刑与刑事司法》,彭海青、吕泽华译,中国社会科学出版社2019年版,第96页。

^⑤ 我国《未成年人刑事检察工作指引(试行)》第184条第2款的规定即反映了该标准的精神。该条规定:“对于既可以相对不起诉也可以附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人,应当优先适用相对不起诉。如果未成年犯罪嫌疑人存在一定的认知偏差等需要矫正,确有必要接受一定时期监督考察的,可以适用附条件不起诉。”

41-2 条的规定,检察官可以要求犯罪嫌疑人到卫生、社会或专业服务部门接受并完成实习或培训,在 6 个月内从事最长时间为 60 个小时的公益劳动。^{⑤6} 参考我国未成年人附条件不起诉制度的规定,建议成年人附条件不起诉制度也将考察期规定为 6 个月到 1 年,承担公益劳动的最长小时数不应超过 60 个小时。

Abstract: With the increase in minor offense cases in China, discretionary non-prosecution has shown a clear trend of expanded application in judicial practice, owing to its characteristics of improving litigation efficiency and realizing individual case justice. However, issues such as uneven application of non-prosecutorial discretion, blurred boundaries between prosecution and non-prosecution, and inconsistent use of different types of non-prosecution have become increasingly prominent. Establishing substantive regulations for discretionary non-prosecution is of great significance in regulating the exercise of non-prosecutorial discretion by the people's procuratorates and avoiding the abuse of such discretion. To prevent the excessive expansion of prosecutorial power from encroaching upon legislative and judicial authorities, the principle of proportionality should be applied as the core principle to regulate discretionary non-prosecution. This necessitates defining the scope of cases eligible for discretionary non-prosecution and establishing limits for applying discretionary non-prosecution. Guided by the principle of proportionality, a three-stage review standard for discretionary non-prosecution can be formalized. Cases shall be sequentially assessed by prosecutors based on the deserved punishment standard, public interest standard, and appropriateness standard to decide whether or not to prosecute and the type of non-prosecution.

(责任编辑: 王 楷)

^{⑤6} 参见罗结珍译:《法国刑事诉讼法典》,中国法制出版社 2006 年版,第 38-39 页。