

合提起公诉的法定条件或者没有追诉必要，决定不将该案件提交管辖法院审判，从而终止刑事诉讼的制度。目前，世界上大多数国家的刑事诉讼中都有不起诉或与之相类似的制度，只不过由于英美法系国家与大陆法系国家在法律文化传统、诉讼运行机制以及刑事诉讼理念等方面存在较大差异，两大法系国家在不起诉的指导原则、不起诉的范围、程序以及制约救济等方面不尽相同。

在我国，不起诉制度的产生和演变经历了一段漫长的历史过程。从我国不起诉制度的思想文化渊源上看，我国古代对刑事犯罪惩处有宽严相济的刑罚理念与实践，其所形成的诸如因时而赦、分化瓦解、区别对待、以观后效等法律思想、法律文化，对我国不起诉制度的创立与发展极具

有积极意义：就我国不起诉的产生而言，早在民主革命时期的有关文献中就有记载：从我国不起诉制度的形成上看，经历了从1979年《刑事诉讼法》中不起诉制与免于起诉制度并行到1996年我国修改《刑事诉讼法》，取消免于起诉制度、扩大不起诉范围的发展过程。我国现行《刑事诉讼法》对不起诉的种类和条件、不起诉案件的处理程序以及对不起诉权的制约和救济等作了一系列的规定，基本上形成了我国比较完善的不起诉制度。从我国现行《刑事诉讼法》规定的的不起诉制度看，我国不起诉制度总的框架是科学、合理的，内容规定得也较为全面，但是囿于传统观念、立法经验等方面的原因，我国的不起诉制度还存诸如不起诉的适用范围过窄、不起诉救济程序的设置不合理、不经济等问题，这在一定程度上影响了司法实践中对不起诉的正确适用以及不起诉制度应有功能的充分发挥。目前检察机关适用不起诉的案件数量逐年增加，但对不起诉制度的研究还很不充分。鉴于此，我们不揣浅陋，拟通过对我国不起诉制度的思想渊源、产生与演变的过程和我国现行不起诉制度内容、运行状况以及对世界上多个国家和地区不起诉制度的比较研究，分析我国现行不起诉制度存在的问题，探讨如何改革与完善我国的不起诉制度，并试图以此书引起人们对我国不起诉制度的重视和更进一步的研究。需要指出的是，在本书写作过程中，我们参考和借鉴了刑法、刑事诉讼法学界的前辈们和司法实务部门同行的大量著述与见解，有的还进行了一定的评述，在此表示深深地感谢。不当之处，还望多加谅解并给予指教。同时，囿于时间、水平等诸多原因，文中提出的理论上某些问题尚有许多不

检察机关

JIANCHAJIGUANBUQISUGONGZUOSHIWU

不起诉

工作实务

彭 东 张寒玉◎著

中国检察出版社

不起诉制度，是指因案件不符合提起公诉的法定条件或者没有追诉必要，决定不将该案件提交管辖法院审判，从而终止刑事诉讼的制度。目前，世界上大多数国家的刑事诉讼中都有不起诉或与之相类似的制度，只不过由于英美法系国家与大陆法系国家在法律文化传统、诉讼运行机制以及刑事诉讼理念等方面存在较大差异，两大法系国家在不起诉的指导原则、不起诉的范围、程序以及制约救济等方面不尽相同。

在我国，不起诉制度的产生和演变经历了一段漫长的历史过程。从我国不起诉制度的思想文化渊源上看，我国古代对刑事犯罪惩处有宽严相济的刑罪理论与实践，其所形成的诸如因时而赦、分化瓦解、区别对待、以观后效等法律思想、法律文化，对我国不起诉制度的创立与发展具有

检察机关

JIANCHAJIGUANBUQISUGONGZUOSHIWU

不起诉

工作实务

彭 东 张寒玉◎著

有积极意义：就我国不起诉的产生而言，早在民主革命时期的有关文献中就有记载：从我国不起诉制度的形成上看，经历了从1979年《刑事诉讼法》中不起诉制度与免于起诉制度并行到1996年我国修改《刑事诉讼法》，取消免于起诉制度、扩大不起诉范围的发展过程。我国现行《刑事诉讼法》对不起诉的种类和条件、不起诉案件的处理程序以及对不起诉权的制约和救济等作了一系列的规定，基本上形成了我国比较完善的不起诉制度。从我国现行《刑事诉讼法》规定的不起诉制度看，我国不起诉制度总的框架是科学、合理的，内容规定得也较为全面，但是囿于传统观念、立法经验等方面的原因，我国的不起诉制度还存在诸如不起诉的适用范围过窄，不起诉救济程序的设置不合理、不经济等问题，这在一定程度上影响了司法实践中对不起诉的正确适用以及不起诉制度应有功能的充分发挥。目前检察机关适用不起诉的案件数量逐年增加，但对不起诉制度的研究还很不充分。鉴于此，我们不揣浅陋，拟通过对我国不起诉制度的思想渊源、产生与演变的过程和我国现行不起诉制度内容、运行状况以及对世界上多个国家和地区不起诉制度的比较研究，分析我国现行不起诉制度存在的问题，探讨如何改革与完善我国的不起诉制度，并试图以此书引起人们对我国不起诉制度的重视和更进一步的研究。需要指出的是，在本书写作过程中，我们参考和借鉴了刑法、刑事诉讼法学界的前辈们和司法实务部门同行的大量著述与见解，有的还进行了一定的评述，在此表示深深地感谢。不当之处，还望多加谅解并予以指教。同时，囿于时间、水平等诸多原因，文中提出的观点及论证肯定

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

检察机关不起诉工作实务/彭东, 张寒玉著. —北京:
中国检察出版社, 2005. 3
ISBN 7-80185-362-X

I. 检... II. ①彭... ②张... III. 检察机关-起
诉-终止-基本知识-中国 IV. D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 139499 号

检察机关不起诉工作实务

彭 东 张寒玉 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68658769 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: 710mm × 1020mm 16 开

印 张: 22.25 印张

字 数: 390 千字

版 次: 2005 年 3 月第一版 2005 年 3 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-361-X/D · 1340

定 价: 39.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前言

不起诉制度，是指因案件不符合提起公诉的法定条件或者没有追诉必要，决定不将该案件提交管辖法院审判，从而终止刑事诉讼的制度。目前，世界上大多数国家的刑事诉讼中都有不起诉或与之相类似的制度，只不过由于英美法系国家与大陆法系国家在法律文化传统、诉讼运行机制以及刑事诉讼理念等方面存在较大差异，两大法系国家在不起诉的指导原则、不起诉的范围、程序以及制约救济等方面不尽相同。

在我国，不起诉制度的产生和演变经历了一段漫长的历史过程。从我国不起诉制度的思想文化渊源上看，我国古代对刑事犯罪惩处有宽严相济的刑罚理论与实践，其所形成的诸如因时而赦、分化瓦解、区别对待、以观后效等法律思想、法律文化，对我国不起诉制度的创立与发展具有积极意义；就我国不起诉的产生而言，早在民主革命时期的有关文献中就有记载；从我国不起诉制度的形成上看，经历了从1979年《刑事诉讼法》中不起诉制度与免于起诉制度并行到1996年我国修改《刑事诉讼法》，取消免于起诉制度、扩大不起诉范围的发展过程。我国现行《刑事诉讼法》对不起诉的种类和条件、不起诉案件的处理程序以及对不起诉权的制约和救济等作了一系列的规定，基本上形成了我国比较完善的不起诉制度。从我国现行《刑事诉讼法》规定的不起诉制度看，我国不起诉制度总的框架是科学、合理的，内容规定得也较为全面，但是囿于传统观念、立法经验等方面的原因，我国的不起诉制度还存在诸如不起诉的适用范围过窄，不起诉救济程序的设置不合理、不经济等问题，这在一定程度上影响了司法实践中对不起诉的正确适用以及不起诉制度应有功能的充分发挥。目前检察机关适用不起诉的案件数量逐年增加，但对不起诉制度的研究还很不充

分。鉴于此，我们不揣浅陋，拟通过对我国不起诉制度的思想渊源、产生与演变的过程和我国现行不起诉制度内容、运行状况以及对世界上多个国家和地区不起诉制度的比较研究，分析我国现行不起诉制度存在的问题，探讨如何改革与完善我国的不起诉制度，并试图以此书引起人们对我国不起诉制度的重视和更进一步的研究。需要指出的是，在本书写作过程中，我们参考和借鉴了刑法、刑事訴訟法学界的前辈们和司法实务部门同行的大量著述与见解，有的还进行了一定的评述，在此表示深深地感谢，不当之处，还望多加谅解并给予指教。同时，囿于时间、水平等诸多原因，文中提出的观点及论证肯定有许多不成熟、不完备之处，因此恳请读者不吝赐教，我们将不胜感激。

彭 东 张寒玉
二〇〇五年一月一日

目 录

第一章 我国不起诉制度的产生与发展

第一节 我国不起诉制度产生的思想渊源	3
一、我国古代宽严相济的法律思想	3
(一) 因时而赦及分化瓦解思想	3
(二) 区别对待、便宜从事政策	4
(三) 宽严相济的刑事政策	5
(四) “以观后效”、“记罪免决”制度	6
(五) “罪疑从无”、“刑疑惟轻”思想	6
二、新中国区别对待、分化瓦解的刑事政策	7
第二节 我国不起诉制度的产生与变革	8
一、我国不起诉制度的产生	8
二、我国免于起诉制度的产生	9
三、免于起诉制度的存废之争	11
四、免于起诉制度的废除与不起诉制度的改革	14
第三节 不起诉制度的刑事诉讼价值	16
一、具有诉讼经济效益价值	16
二、符合刑罚个别化的刑事政策	17
三、有利于保护当事人的合法权益	18

第二章 我国不起诉制度的实际运作

第一节 我国不起诉的概念和类型	23
一、不起诉的概念	23
二、不起诉的类型	24

(一) 理论界对不起诉类型的划分	24
(二) 司法实务部门对不起诉类型的划分	25
三、不起诉的称谓	26
(一) 有关不起诉称谓的争论	26
(二) 司法实践中对三种不起诉的称谓	27
第二节 我国不起诉(起诉)的原则	27
一、起诉法定原则	28
(一) 起诉法定原则的法理基础	29
(二) 起诉法定原则在施行中的缺陷	31
二、起诉便宜原则	33
(一) 起诉便宜原则的理论和现实基础	34
(二) 采用起诉便宜原则容易产生的问题	41
三、我国不起诉(起诉)的原则	42
(一) 以起诉法定原则为主	42
(二) 以起诉便宜原则为辅	42
第三节 我国不起诉的法律效力	44
一、对不起诉法律效力的争论	45
(一) 不起诉“程序性处分说”	45
(二) 不起诉“实体性处分说”	46
二、司法实践中对不起诉法律效力的认识	54
三、不起诉后的再行起诉	54
(一) 不起诉后再行起诉的案件范围	54
(二) 不起诉后再起诉是否要撤销原不起诉决定	61
第四节 我国不起诉的适用	63
一、绝对不起诉的适用	63
(一) 绝对不起诉的适用条件	63
(二) 绝对不起诉的适用范围	66
(三) 司法实践中的几个问题	66
二、相对不起诉的适用	70
(一) 相对不起诉的适用条件	70
(二) 相对不起诉的适用范围	77
(三) 司法实践中的几个问题	78

三、存疑不起诉的适用	87
(一) 存疑不起诉的程序条件	87
(二) 存疑不起诉的实体条件	90
(三) 检察机关对存疑不起诉有无裁量权问题	100
(四) 司法实践中的几个问题	102
四、未成年人犯罪案件的不起诉	106
(一) 当前我国未成年人犯罪的态势	106
(二) 未成年人犯罪适用不起诉的情况	110
(三) 未成年人犯罪不起诉改革	111
(四) 未成年人犯罪的不起诉标准	112
第五节 我国不起诉的程序	120
一、不起诉的审查程序	120
二、不起诉的决定程序	121
三、不起诉的宣布程序	121
四、不起诉的善后程序	122
(一) 送达、告知	122
(二) 解除强制措施, 解除扣押、冻结	123
(三) 刑罚外的处置措施	128
五、不起诉决定的撤销程序	129
第六节 《不起诉决定书》的制作	130
一、《不起诉决定书格式(样本)》修改内容的说明	130
(一) 《不起诉决定书》的分类及制作说明	131
(二) 不起诉对象的称谓	132
(三) 《不起诉决定书》的首部	134
(四) “被不起诉人基本情况”部分	135
(五) “辩护人基本情况”部分	136
(六) “案由和案件来源”部分	137
(七) “案件事实情况”部分	137
(八) “不起诉理由、法律根据和决定事项”部分	141
(九) 告知事项部分	143
(十) 《不起诉决定书》的尾部	143
(十一) 其他有关规定	144

附：不起诉决定书格式（样本）	144
二、《不起诉决定书》格式范例	149
第七节 我国对不起诉权的制约	153
一、检察机关的内部制约	154
（一）对行使不起诉权力的限制	155
（二）上级检察机关对下级检察机关的制约	155
（三）案件复查实行内部人员回避制度	157
二、公安机关的制约（不起诉的复议、复核）	157
三、被不起诉人的制约	159
四、被害人的制约	159
（一）被害人的申诉	159
（二）“公诉转自诉”程序	160
五、人民法院的制约	166
第八节 我国的不起诉与刑事赔偿	167
一、绝对不起诉与刑事赔偿	167
二、相对不起诉与刑事赔偿	170
三、存疑不起诉与刑事赔偿	171
（一）观点分歧	171
（二）司法解释之间的分歧	174
（三）存疑案件刑事赔偿的归责原则	175
四、不起诉的刑事赔偿程序	180
（一）赔偿请求人	180
（二）赔偿义务机关	181
（三）赔偿请求时效	181
（四）赔偿程序	181
第九节 不起诉案件质量标准	182
附：《人民检察院办理不起诉案件质量标准（试行）》	183
附：《人民检察院办理起诉案件质量标准（试行）》	186
第十节 探索改革和完善我国不起诉制度的实践	189
一、暂缓起诉（不起诉）制度的试行	189
（一）暂缓起诉制度的来源	189
（二）我国司法实践中试行暂缓起诉的情况	194

(三) 对试行暂缓起诉制度的分歧意见	196
(四) 我国建立暂缓起诉制度的必要性及可行性分析	201
二、不起诉公开审查制度 (不起诉听证制度) 的试行	205
(一) 不起诉公开审查制度的概念	205
(二) 不起诉公开审查的实践及其动因	206
(三) 不起诉公开审查制度的法理依据	214
(四) 不起诉公开审查制度的诉讼价值	222
(五) 不起诉公开审查制度的运作	227
附:《不起诉案件公开审查规则 (试行)》	234
三、检察机关直接受理侦查案件不起诉实行人民	
监督员监督制度	236
(一) 接受人民监督员监督的程序	237
(二) 目前实行人民监督员制度的有关情况	238
(三) 目前存在的问题及解决办法	239
(四)《工作细则》的制定	244
附:《工作细则 (讨论稿)》	244
四、轻罪案件公诉政策运用研究	250
(一) 轻罪案件公诉政策运用提出的背景	251
(二) 轻罪案件公诉政策运用工作的内容	252
(三) 开展轻罪案件公诉政策运用工作的必要性	254
(四) 开展轻罪案件公诉政策运用工作的可行性分析	256

第三章 进一步改革和完善我国的不起诉制度

第一节 中外不起诉制度比较研究	261
一、不起诉制度在两大法系国家	261
二、不起诉制度在有关国家和地区的具体设置	262
(一) 英国	263
(二) 美国	265
(三) 加拿大	267
(四) 澳大利亚	269
(五) 德国	271

(六) 法国	277
(七) 日本	278
(八) 我国的台湾地区	281
三、中外不起诉制度之比较	286
(一) 关于法定绝对终止刑事诉讼的范围	287
(二) 关于采用便宜主义原则终止刑事诉讼的情况	289
(三) 关于不起诉的程序	290
(四) 关于不起诉后再起诉问题	291
(五) 关于对不起诉权的制约	293
第二节 我国不起诉制度存在的问题	297
一、我国不起诉制度的司法运作状况	297
二、我国现行不起诉制度存在的问题	301
(一) 绝对不起诉存在的问题	301
(二) 存疑不起诉存在的问题	302
(三) 相对不起诉存在的问题	303
(四) 不起诉程序存在的问题	305
(五) 不起诉后再起诉存在的问题	306
(六) 不起诉制约机制存在的问题	306
第三节 改革和完善我国不起诉制度的建议	310
一、改革和完善我国不起诉制度的指导思想	310
(一) 以有效抗制犯罪为前提	310
(二) 要立足于我国国情并借鉴国外的有益经验	328
(三) 尽可能地同时兼顾司法公正和司法效率	331
二、改革和完善我国不起诉制度的建议	332
(一) 修改、完善绝对不起诉、存疑不起诉制度	332
(二) 改革相对不起诉制度	333
(三) 改革不起诉程序	338
(四) 明确不起诉后再起诉问题	338
(五) 改革完善不起诉的制约、监督机制	339
主要参考文献	343

第一章



我国不起诉制度的产生与发展

ZHONGGUO JIAN CHA

就不起诉制度而言，是近代起诉和审判相分离后的产物，因而在控审不分的古代，根本谈不上不起诉的概念。但是从我国不起诉制度的思想文化渊源上看，我国古代对刑事犯罪惩处有宽严相济的刑罚理论与实践，其所形成的诸如因时而赦、分化瓦解、区别对待、以观后效等法律思想、法律文化，对我国不起诉制度的创立与发展具有积极意义。就我国不起诉的产生而言，早在民主革命时期的有关文献中就有记载；从我国不起诉制度的形成上看，经历了从1979年《刑事诉讼法》中不起诉制度与免于起诉制度并行，到1996年我国修改《刑事诉讼法》，取消免于起诉制度、扩大不起诉范围的发展过程。我国现行的不起诉制度，体现了“惩办与宽大相结合”的刑事政策，有利于保障当事人的合法权益，且有利于实现案件的繁简分流、合理配置司法资源。

zhongguojiancha 



销售热线: 010-68636518
编辑热线: 010-68658769



第一节 我国不起诉制度产生的思想渊源

一、我国古代宽严相济的法律思想

我国古代有“严刑峻法”、“治乱世用重典”和“酷刑”的传统。作为古代法家的代表人物之一商鞅就明确指出：“刑重者，民不敢犯。”韩非子也主张：“行刑重而轻者不至，则重者无从至矣”，“以刑去刑，刑去事成。”但在孔孟之道，特别是儒家“礼”、“仁”道德传统的影响下，历代统治阶级对刑事犯罪惩处有宽严相济的刑罚理论与实践，其所形成的法律文化对我国不起诉制度的创立与发展具有积极意义。就不起诉制度而言，是近代起诉和审判相分离后的产物，因而在控审不分的古代，根本谈不上不起诉的概念；但就不起诉思想渊源而言，可以从我国古代有关文献中追寻到以下几个方面：

（一）因时而赦及分化瓦解思想

所谓因时而赦，是指根据形势而宽免刑罚。我国古代赦的种类比较多，如大赦、特赦等。据范曄所著《后汉书·安帝纪》记载，永初元年至三年，全国各地水灾、饥荒、火灾、地震等连续不断，广大民众流离失所，以致“人相食，老弱相弃于道”。在这种犯罪量突然猛增的情况下，永初三年春正月“大赦天下”。因灾害而赦免犯罪、宽免刑罚，可以说在很多朝代都有过。《宋史·刑法志》记载：“遣使巡抚诸道，因谕之曰：‘平民艰食，强取糗粮以图活命耳，不可从盗法科之。’天圣初，有司奏盗劫米伤主，仁宗曰：‘饥劫米可哀，盗伤主可疾。虽然，无知迫于食不足耳。’……五年，陕西旱，因诏：‘民劫仓廩，非伤主者减死，刺隶他州，非首谋又减一等。’自是，诸路灾伤即降赦，饥民为盗，多蒙矜减，赖以全活者众。”在元代，因饥穷而盗也减免刑罚，而且还规定在法律中。《元史·刑法志》记载：“诸盗米粮，非因饥谨者，仍刺断……诸年饥民穷，见物而盗，计赃断罪，免刺配及征倍赃。”

关于赦的原因，沈家本在《历代刑法考》中认为：“遇灾之年有赦降之事，必非无故。”这里的“故”即持续增高的犯罪量。在广大民众迫于饥饿而“人相食”，犯罪量突然猛增，而统治者又无力救灾、赈灾的情况下，如果一味固守平时法律，强调“以刑去刑”，极易引起社会矛盾激化。关于赦免的作用，沈家本在《历代刑法考》中认为：“高祖之赦所以安反侧而散其势也。”

《晋书·刑法志》中亦有：“赦而散之”之语。这里的“以安反侧”、“散其势”、“赦而散之”，实质上类似于我们现在所讲的分化瓦解。我国历史上的赦免对象，不仅适用于在押的犯罪者，而且更主要的是适用于未捕获和未发觉的犯罪分子，这样做的根本目的也是为了以安反侧，分化瓦解犯罪。^①

（二）区别对待、便宜从事政策

赦免的最大弊病是不能就各个具体案件和具体犯罪人的具体情况区别对待。因为即使在同一种犯罪行为中，情节也有轻有重，犯罪人的具体情况也千差万别。如果把这一种罪都赦免或不赦免，就抹煞了其中的区别，尤其是“大赦天下”、“一切赦之”更会放纵那些罪大恶极的惯犯和累犯。要消除这一弊端，必须将宽免刑罚的权力下放到每个具体查办案件的官员手中，因为承办案件的官员直接接触每一个具体案件，他们最有可能做到对每一个具体的案件区别对待。我国历史上的录囚也称虑囚制度，可以被认为是在宽免刑罚方面能够弥补赦免不足的方式之一。录囚是封建君主或官吏查阅囚犯案卷或直接向囚犯讯问决狱情况，平反冤狱或督办久系未决案件的一种制度。起源于汉代的录囚制度，最初是为了平反冤狱。如《后汉书·和帝纪》记载：“永元六年秋七月……录囚徒，举冤狱。”但后来越来越多地表现为一种宽免刑罚的方式。如《后汉书·和帝纪》记载：“永元六年七月，京师旱……录囚徒，举冤狱。”此后在唐、宋时代从某种意义上讲也是如此。《玄宗纪》记载：“开元三年五月，以旱，录京师囚徒。”《懿宗纪》记载：“咸通十年六月，以蝗旱理囚。”因灾害而录囚就不仅是为了审理冤狱，因为冤狱的多少与自然灾害并无直接联系；这时录囚的真正原因是自然灾害使人民流离失所、饥饿不堪，引发犯罪的大量增加，以常法收押的人犯太多，客观上需要宽免刑罚以缓和社会矛盾，减少司法方面的负担。如《新唐书·刑法志》记载：武德四年“高祖躬录囚徒，以人因乱冒法者众，盗非劫伤其主，及征人逃亡，官吏枉法，皆原之”。

我国古代录囚一般分为两种形式，一是帝王亲录，另一种是派官员录囚。在历史上被委派录囚的官员，一般有刺史或牧（在汉代录囚是他们的常职）以及监察御史等。历史上的御史是具有监察职能的官员，从其地位上看具有一定的独立性，决定了其具有斟酌情况便宜行事的权力。据《新唐书·百官

^① 参见刘生荣、蔺剑、张寒玉著：《刑事不起诉的理论与司法实务》，中国检察出版社1998年版，第5页。

志》记载：“御史大夫掌以刑法典章纠正百官之罪恶。……大事奏裁，小事专达……掌分查百僚，巡按州县狱讼。”另据《明史·百官志》记载：“十三道监察御史，在外巡查，则代天子巡守……大事奏裁，小事立断。按临所至必先审录罪囚。”可见当御史到某一地录囚，其“小事立断”的职能，能为其区别对待、便宜从事提供极大的可能。所谓便宜从事，是指事先不必上奏请示，不必拘泥常规，根据具体情况的特点和变化，酌情灵活，适宜妥善地处理问题。在这一点上，我国古代便宜主义和现代的起诉便宜主义没有什么本质区别。

便宜主义最大的特点是根据“情”、“理”区别对待，不仅对犯罪行为的轻重有所区别，而且对类似行为的不同人也有所区别，因而在司法实践中，实行便宜主义必然要出现“同罪异罚”的现象。便宜主义适用的不适当，必然会引起反作用。在防止执法擅断方面，历史上的经验有两点值得借鉴。首先是“指导以明之”，即指导刑罚的思想或政策要明确。如《淮南子·泰族训》记载：“有道以统之，法虽少，足以化矣。无道以行之，法虽众，足以乱矣。”其次是关于执法官员本身的“素质”，这对便宜主义的实行有根本性的影响。《白居易集·策林五十六》记载：“盖刑法者，君子行之，则诚信简易，简易则人安。小人行之，则诈伪而滋彰，滋彰则俗弊。此所以刑一而用二，法同而理殊者也。”可见提高执法官员的素质，慎重选择掌狱的官吏十分重要。

（三）宽严相济的刑事政策

与我们今天“惩办与宽大相结合”的刑事政策相类似的宽严相济思想在我国有着深厚的历史渊源，其与“严刑峻法”构成了同刑事犯罪作斗争的有力机制。《左传·昭公二十年》记载：“仲尼曰：善哉！政宽则民慢，……慢则纠之以猛。猛则民残，残则施之以宽。宽以济猛，猛以济宽，政是以和。”历史上的经验告诉我们，只靠“严刑”有时无助于解决社会矛盾，无助于解决犯罪问题，用刑越重越严，越可能引起反弹。如《汉书·和帝纪》记载：“今有肉刑三，而奸不止。”《晋书·刑法志》记载：“截头绞颈，尚不能禁。”《魏书·文纪》记载：“法令滋章，犯者弥多，刑罚愈重，而奸不可止。”如果意识到犯罪量的大增是社会本身造成的，并不是“百姓皆自取之”，那么对某些犯罪行为采取宽大政策将有利于缓解社会矛盾。同时宽大政策可以给犯罪者以悔过自新的机会。刑罚本身具有恶害性，不论是肉刑、身体刑或自由刑都是如此。对恶劣的犯罪行为不能放弃刑罚，但是对犯罪情节轻微且能

悔罪自新者适用刑罚，就有可能阻塞其自新之路，坚定其继续作恶的决心，从而导致社会更大的不安定。

（四）“以观后效”、“记罪免决”制度

《后汉书·孝安帝纪》记载，汉安帝时，奢侈之风盛行于世，达官贵人养妓娶妾，角逐豪华，司空见惯。为此汉安帝特别下了一道诏令，要惩处这些不法之徒。诏令重申：“秋节即立，鸷鸟将用，且复重申，以观后效。”意思是顺秋行斩（指秋冬执行死刑制度，汉代称“秋决”）的法令既然制定下来了，就要像鸷鸟治服众鸟那样严格执行，如今再次重申这一点，用以考察大家今后执行得怎么样。由此，“以观后效”后来成为司法上常用的一个法律术语，泛指对那些违法犯罪分子予以某种宽大的惩戒，以考察其悔改表现，并根据其悔改的情况最后作出相应的处理。《魏书·肃宗纪》记载：“孝昌元年十二月，诏曰：其有失律亡军，兵戎逃叛，盗贼劫略伏窜山泽者，免其往咎，录其后效，别立幕格，听其自新。”这里的“录其后效，听其自新”更加明显的是给犯罪者一次接受考验的机会，在“别立幕格”期间，检验其是否能够“自新”。明代的“记罪免决”制度，也是一种从宽的例子。在明代，对一些官吏构成犯罪的，不处以“笞、杖、徒、流、死及罚金”等刑罚，而是记罪还职，接受一定期限的考验，以观后效。如果在考验期不再犯的，就撤除所记罪名。如《明史·刑法志》记载：“……至于私罪，其文官及吏典犯笞四十以下者附过还职而不赎，……”指官吏犯贪污等方面私罪的，如果是犯笞四十以下罪者，记录所犯罪过，仍然担任原职务，不用缴纳赎金。

（五）“罪疑从无”、“刑疑惟轻”思想

我国古代对于证据不足、有罪证据和无罪证据相当又不能互相否定情形的疑案，也有“有利犯罪嫌疑人、被告人的”思想。如《尚书·大禹谟》记载：“罪疑惟轻，功疑为重。与其杀不辜，宁失不经。”意为对犯罪有怀疑应从轻处理，对功劳有怀疑应从重奖励；宁可放过坏人，也不能错杀无辜的人。又如《礼记·王制》记载：“疑狱，汜与众共之。众疑，赦之。”意思是对于疑案，要征求大家的意见，如果大家都认为证据不足，就赦免他。从中我们可以看到“罪疑从无”和“证据不足不起诉”的萌芽。

虽然不起诉制度是近代起诉和审判相分离后的产物，在控审不分的古代根本谈不上不起诉的概念，但是上述我国古代法律文献中因时而赦、分化瓦解、区别对待、宽严相济、“以观后效”、“刑疑惟轻”等思想，对于我们今