

第12卷

检察论丛

PROSECUTION

REVIEW VOL. 12

◆ 石少侠 / 主编

本卷要目

检察制度

【新中国检察工作的经验教训课题组】

影响新中国检察制度确立与发展的思想理论和实践经验

职务犯罪侦查

【钟俊】

论职务犯罪侦查启动程序的公正性

【刘周】

职务犯罪侦查一体化机制运行问题研究

【徐全兵】

渎职侵权犯罪侦查监督制约机制研究

刑事检察

【谢小剑】

庭后监督质疑

【周伟】 【张雪姮】

刑罚变更执行的检察监督研究

公诉研究

【蔡杰】 【冯亚景】

起诉便宜主义视野下的替代起诉措施研究

【汪闻锋】

论检察机关对刑事附带民事诉讼的法律监督

检察官研究

【曹南江】 【薛伟宏】

检察队伍专业化建设的内涵、目标和措施

他山之石

【施鹏鹏】

法国检察制度研究



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第12卷

检察论丛

PROSECUTION

REVIEW VOL. 12

■ 石少侠 / 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

检察论丛. 第12卷/石少侠主编. —北京:法律出版社, 2008. 4

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8135 - 6

I. 检... II. 石... III. 检察学—中国—文集 IV. D926.3-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第027184号

© 法律出版社·中国

检察论丛(第12卷)

石少侠 主编

责任编辑 王旭坤

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 15 字数 437千

印次 2008年4月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8135-6

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

诉决定。

我国暂缓起诉的实践虽面临以上困窘,但由于暂缓起诉属于替代起诉措施的一种,具有重大的现实意义,加上其他国家的成熟实践以及我国基层检察院的努力推动,相信不久的将来我国立法势必会规定此项制度,因此我们能做的,是对如何建构我国的暂缓起诉制度提出立法建议和意见。

四、完善我国替代起诉措施之若干思考

本文第三部分分析了我国替代起诉措施的实践及存在的若干问题,由这些分析看出,我国的替代起诉措施由公安等机关实施的所谓的替代起诉措施和公诉机关作出的替代起诉措施两部分组成。但前者却是非法的,是权力异化的产物,因此应对其加以遏制以至消灭;而对后者,鉴于其有诸多不足,则需要通过完善加以补强。

(一)规范公安等机关的行为,避免其作出替代起诉措施

1. 建立行政执法与刑事执法的衔接机制

2001年4月,国务院发布了《关于整顿和规范市场经济秩序的决定》,其中明确要求:“加强行政执法与刑事执法的衔接机制,建立信息共享、沟通便捷、防范有力、查处及时的打击经济犯罪的协作机制,对破坏市场经济秩序构成犯罪的,及时移送司法机关处理。”2001年7月,国务院又公布实施了《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》(以下简称《移送规定》),建立了行政执法与刑事执法相衔接工作机制的基本框架,对于涉嫌犯罪案件的移送标准、移送程序、违反移送规定的法律责任等都作了较为详细的规定,但笔者以为,《移送规定》对于如何建立具体的衔接工作机制并无涉及,这有可能使《移送规定》的相关内容流于形式而无法具体执行。

实践中各个地方也是摸着石头过河,如重庆市检察院建立了一套工作机制:信息共享机制——由各级检察院与行政执法机关、公安机关为及时反映工作动态,通报案件的办理情况而建立一个信息平台;联络员机制——由检察机关与行政执法机关、公安机关等确定具体联络人员,为负责日常信息沟通和具体案件的协调而建立的一个相对固定的监督联络员网络,把信息共享机制落到实处;联席会议机制——检察院

与行政执法机关、公安机关通过定期或不定期地召开联席会议,研究解决办理案件中遇到的重大问题和带普遍性的问题;落实责任机制——检察机关在行使经济犯罪立案监督权的过程中,发现行政执法人员徇私舞弊,依法应当向公安机关移送的案件不移送或者以行政处罚代替移送的,并及时移送自侦部门查办,追究行政执法人员徇私舞弊不移交刑事案件的刑事责任。笔者以为,对于各地比较成熟的经验,有关机关应通过联合下发文件的形式加以确立完善,使其迅速推广并得到认真执行,必要时应由立法加以明确规定。

2. 加强检察机关对公安机关不立案及撤销案件的监督与制约

一方面,为了克服当前立法及司法实践中公安机关自行撤销案件及应当立案而不立案而检察机关却无从知晓的弊端,建议建立行政执法与刑事执法相衔接的机制,在侦查机关与法律监督机关之间建立一套工作衔接机制,如公安机关定期向检察机关汇报一定时期内不立案及撤销案件的情况并附相关材料,由检察机关备案监督。

另一方面,针对当前立法规定的检察机关对不立案及撤销案件监督软弱的现状,可考虑如下方案:当检察机关接到被害人对不立案及撤销案件的申诉及通过对备案材料进行审查,认为公安机关应当立案侦查的则通知其立案侦查,如果公安机关拒不立案,检察机关有权自行直接立案侦查;同时,如果公安机关有关人员有违反行政纪律的,建议主管机关给予行政处分,发现有贪污受贿等犯罪行为的依法追究其刑事责任。在以往的实践中,检察机关对本应立案向公安机关提出建议而公安机关拒不立案、社会反映强烈的案件,依照本条规定将其作为“认为需要自己直接受理的其他案件”予以立案追究,社会效果很好。^①1996年刑事诉讼法为了避免公、检管辖冲突及其他原因而取消了该条规定,但笔者以为,赋予检察机关一定的机动立案侦查权是必要的,因为其不仅是公诉机关,也是法律规定的监督机关。当然,为了避免出现公、检管辖冲突,可明确规定检察机关在哪些情形下可直接立案侦查本应由公安机关管辖的案件范围。

^① 宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第70页。

(二)完善检察机关替代起诉措施,充分发挥替代起诉措施之应有价值

1. 对酌定不起诉的完善。酌定不起诉是检察机关作出的重要的替代起诉措施,针对本文第三部分的两个问题笔者提出如下建议:

第一,适当扩大酌定不起诉的适用范围,提高其实际利用率,充分发挥替代起诉措施的效率等价值。扩大酌定不起诉的适用范围当前主要是对“犯罪情节轻微”的理解要适度拓宽,“如果按照罪名轻情节也轻的标准来掌握,酌定不起诉的范围显得相当狭窄,从世界范围来看,各国刑事政策现在普遍出现了非犯罪化、轻刑化以及刑罚个别化的共同趋势,这对我国适当放宽酌定不起诉的范围很有借鉴意义。对于酌定不起诉的现有范围,我们可以作较宽的解释,即无论何种罪名,是轻罪或重罪,只要属于‘犯罪情节轻微’,就可以适用酌定不起诉”。^①笔者赞同这种观点。这样,刑法规定的免除刑罚的许多情形就可以因为“犯罪情节轻微”而被酌定不起诉,将大大避免起诉审判带来的种种弊端,替代起诉措施的效率等价值也得到最大程度的发挥。

第二,酌定不起诉的适用案件范围不仅不应限于轻罪,而且其适用对象也不应仅限于未成年犯、初犯、偶犯和老年人犯等。例如,我们可以考虑将“污点证人”作为酌定不起诉的适用对象。以贪污贿赂犯罪案件中的“污点证人”为例,由于贪污贿赂行为的隐蔽性、信息的封闭性等特征,使得“取证难”成为制约检察机关侦查贪污贿赂犯罪案件的“瓶颈”,每每遇到重大腐败案件,检察机关通常要花费大量人力、物力、财力去调查取证,而实际效果却并不尽如人意。司法实践中那些为或愿意为检察机关提供实质性配合的同为犯罪嫌疑人的人(即“污点证人”),由于立法并没有规定可对其酌定不起诉,最多在法院量刑时作为从轻或减轻处罚的情节,这显然与他们的主观愿望相差太远,使得他们不愿与司法机关合作。因此,为了分化、瓦解犯罪分子,鼓励相关人员与司法机关合作,减少追诉成本,打击腐败犯罪行为,立法应对那些为司法机关在侦查或起诉中提供实质性配合的人在一定条件下作出

^① 陈光中:“论我国酌定不起诉制度”,载《中国刑事法杂志》2001年第1期。

不起诉处理。^①2003年10月31日第58届联合国大会通过的《联合国反腐败公约》第37条第3款也规定:“对于在根据本公约确立的犯罪的侦查或起诉中提供实质性配合的人,各缔约国均应当根据本国法律的基本原则就允许不予起诉的可能性作出规定。”可见,立法可规定对符合一定条件的污点证人酌定不起诉,这既是打击腐败犯罪的迫切要求,也是履行国际义务的现实需要。

第三,为了扩大酌定不起诉的适用范围,其适用必须有广泛的群众基础——毕竟其是对已经构成犯罪、应当追究刑事责任的罪犯而不予提起公诉的做法,这就要求加大对酌定不起诉价值的宣传并提高检察官的素质。只有检察机关正确使用酌定不起诉才能发挥其应有价值。否则,将面临着“打击不力”的指责,从而反过来影响检察机关作出酌定不起诉的效果,甚至检察机关将迫于舆论压力不敢作出酌定不起诉。

2. 必须尊重和维护检察机关作出的酌定不起诉决定,这就需要对接现行的公诉转自诉制度进行必要的改良。现行立法设立公诉转自诉的初衷是为了解决司法实践中老百姓告状无门的问题,从而更好地维护被害人的利益,因而立法初衷是好的。我们知道,检察机关作出正确的酌定不起诉决定,必定是根据法律规定在综合考虑被害人、被不起诉人以及公共利益的基础上作出的。正因为此,正确的酌定不起诉这种替代起诉措施一定程度上有利于保护被害人、被不起诉人以及符合公共利益。

但是,依照我国现行的法律规定,根据前述分析,被害人很容易说服法院受理这类案件,这就造成两种结果:一方面,由于检察机关作出酌定不起诉必然以犯罪事实清楚、证据确实充分为前提,法院通过审查检察机关移送的案件材料就很容易判决被不起诉人有罪从而推翻了(而不论检察机关作出的酌定不起诉决定是否符合法律规定)检察机关的酌定不起诉。另一方面,如果被起诉的酌定不起诉决定事实依据不充分或不成立,法院却只能驳回起诉或判决无罪,此时,酌定不起诉

^① 实质性配合,如检举揭发腐败犯罪行为,查证属实的;提供重要线索,从而得以侦破腐败犯罪的;在起诉中,作为证人如实作证,为指控犯罪提供有利证据的。

决定虽然错误却事实上得到了维持。^①给我们这样一个启示,即当前立法规定混淆了对酌定不起诉决定的审查和对错误酌定不起诉决定的纠正这两个不同的诉讼活动。错误的酌定不起诉决定必然要纠正,但正确的酌定不起诉决定也要毫无例外地得到维护和尊重,正因为此,无论是德国的“强制起诉”还是日本的“准起诉”的任务都只是通过审查发现不起诉决定的错误。如果不起诉决定确有错误,则依照普通审判程序处理而非刑事自诉;如果检察机关的不起诉决定符合法律的规定,法院则应判决维持。这对我国有一定的借鉴意义:被害人对酌定不起诉决定不服,允许其向法院提出申请,请求法院对酌定不起诉决定进行审查。法院经审查,认为酌定不起诉决定符合法律规定的实质和程序条件,则应驳回被害人的申请;认为酌定不起诉决定的作出确有错误,则应借鉴德国或日本的做法,或者强制检察机关提起公诉,或者指定律师“准起诉”。

3. 对公诉机关非刑罚处理方法的完善。

第一,细化法律规定,加强其可操作性。一是规定对被不起诉人进行训诫时,训诫的内容应当包括:被不起诉人违法犯罪的社会危害性,对被不起诉人的谴责、警告,分析违法犯罪行为的原因,建议被不起诉人今后应如何走好人生之路等。二是规定被不起诉人具结悔过书应当包括:被不起诉人对自己行为性质的认识、决定如何弥补行为所造成的损害、保证以后不再重犯的态度等。三是规定一个由被害人、被不起诉人和有关社区人员共同参加的修复性协商会议,被不起诉人应在会议上充分认识其行为给被害人、社区所造成的损害,应当面向被害人道歉,并就赔偿问题达成一致意见。四是规定有关主管部门在检察院规定的期限内无故不对被不起诉人处理或不告知处理结果时,检察院有权向其上级部门或同级人大反映,上级部门和人大应责令有关部门履行职责,否则将依法追究相关人员法律责任。

第二,建立对被不起诉人的跟踪教育和考察制度。对被不起诉人的书面训诫、被不起诉人的具结悔过书、书面道歉书、赔偿协议和有关

^① 宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第363页。

部门的处理结果,检察院都应建立档案、妥善保管,这些档案并不会发生“前科”的效力,但当被不起诉人在一定的期限内再次犯同样性质或更严重性质的违法犯罪行为时,将作为公诉机关决定对其能否再次适用不起诉决定和非刑罚处理方法的参考。另外,实行社会监管措施,考虑公诉机关人力有限,可利用社区资源在公诉机关组织下成立一个监管小组,对被不起诉人(尤其指酌定被不起诉人)进行监管、教育,被不起诉人定期向监管小组汇报思想,监管小组对其作出评鉴意见并交公诉机关,由公诉机关存档保存,作为其下次违法犯罪时能否对其再次适用不起诉和非刑罚处理方法的参考。

第三,引入无偿服务制度。被不起诉人没有财产赔偿被害人或缴纳罚款时,可责令其向被害人或社区提供无偿服务。为被害人提供无偿服务通常是在被害人与被不起诉人已经达成谅解的前提下进行的,而且被不起诉人必须悔过态度好没有人身危险性。为社区提供服务通常是检察院选定某个社区建立社区服务基地,责令被不起诉人在该社区提供无偿劳动,通过劳动来考察被不起诉人是否有悔过表现并改造其人生观,使其反省自己的过错。在我国,曾有地方检察机关试行把社区服务作为酌定不起诉与否的条件,如2001年5月,河北省石家庄市长安区人民检察院出台了《关于实施“社会服务令”暂行规定》,依据该规定,对拟酌定不起诉的未成年被告人,责令其向社区提供一定期限的无偿劳动,根据其在劳动期间的表现和思想转变情况,最终决定是否作出不起诉处理。实际上,这种做法和德国的附条件不起诉性质相同,而不是本部分讨论的作为被不起诉人无力赔偿或缴纳罚款时替代措施的社区服务。

4. 在酌定不起诉和公诉机关非刑罚处理方法基础上设立暂缓起诉制度。尽快由立法明确规定暂缓起诉制度,如暂缓起诉的适用对象、案件范围、制约机制,无疑是当前迫切的任务。笔者以为,暂缓起诉制度应当结合酌定不起诉和公诉机关非刑罚处理方法,以二者为基础设立。这里首先有必要对暂缓起诉和酌定不起诉加以区别:

第一,在适用条件上,暂缓起诉附有一定条件,以犯罪人同意在一定期限内履行相应义务或承担相关责任为前提,如果犯罪人不同意履行相应义务或履行相应义务不符合要求,检察官不得对其适用暂缓起

诉或者撤销暂缓起诉决定而提出公诉;而在酌定不起诉中,如当前我国的酌定不起诉,检察官虽然往往也会要求犯罪人履行一定义务(公诉机关非刑罚处理方法),但这不是适用酌定不起诉的必要条件,而是作出不起诉决定的附随性后果,被不起诉人不履行相应义务并不会导致酌定不起诉决定的撤销而提出公诉。这是二者的最主要区别。

第二,二者在效力方面也有不同。暂缓起诉仅具有暂时中止诉讼的效力,是否最后真的不起诉往往取决于犯罪人对特定义务的履行,如果犯罪人在指定期限内认真履行义务,检察官即作出撤销案件决定,从而终结诉讼;如果犯罪人没有履行或没有完全履行相应义务,检察官即提出公诉。而酌定不起诉则具有实体上终止诉讼的效力,一经作出,诉讼即告终结。

暂缓起诉与酌定不起诉虽有区别,但并不是说二者毫无共同点和联系可言。二者都是公诉机关对已经构成犯罪、符合起诉条件的案件,在综合考虑各种因素后自由裁量的结果,甚至在适用范围上也都是基本适用于轻罪案件。正是因为二者有如此紧密的联系,用简单的话来说,在适用酌定不起诉时附加公诉机关非刑罚处理方法就可改造成暂缓起诉制度。具体说来,有以下几个方面:

一是适用暂缓起诉的条件。这就是本文所述的公诉机关非刑罚处理方法:根据《人民检察院刑事诉讼规则》第291条以及上文述及的对之的完善作为暂缓起诉所附的条件。

二是适用暂缓起诉的案件范围。由于公诉机关作出暂缓起诉决定以被不起诉人履行相应义务为前提,具有督促其认罪悔过并对被害人以及社会给予相应补偿的积极作用,因而其在适用范围上可以比酌定不起诉的适用范围宽。至少能够适用酌定不起诉的案件在符合暂缓起诉的其他条件时都可适用暂缓起诉。

三是规定如果被不起诉人在规定期限履行相关义务的,检察院应当作出撤销案件处理;如果被不起诉人虽同意履行相关义务,但事后不履行或不完全履行的,检察官应向法院提起公诉。

四是对暂缓起诉的监督制约机制方面,可考虑与酌定不起诉的监督制约机制相同。需要指出的是,虽然暂缓起诉建立在酌定不起诉与公诉机关非刑罚处理方法基础之上,但并不是说暂缓起诉就可取代酌

定不起诉和公诉机关非刑罚处理方法。仅有公诉机关非刑罚处理方法,但其如果不是作出不起诉决定的必要条件,则并不能构成暂缓起诉;仅有不起诉决定,没有公诉机关非刑罚处理方法作为适用的前提条件,也不是暂缓起诉;酌定不起诉和暂缓起诉虽有紧密联系,但各有自己的适用范围,不能相互取代。

结语

替代起诉措施是在起诉便宜主义范畴下讨论的概念和制度,是起诉便宜主义的主要体现和应有之义。替代起诉措施的运用不仅有利于保护被追诉者的人权、预防犯罪和保护被害人的合法权益,而且有利于节约司法资源、提高刑事诉讼效率;同时,由于其能较彻底地化解纠纷和解决社会冲突,因而对于当前和谐社会的构建也有一定的现实意义。

论酌定不起诉

刘秋平*

目 次

- 一、我国酌定不起诉之现状分析
- 二、国外酌定不起诉的主要经验
- 三、我国酌定不起诉的完善

所谓酌定不起诉,是指检察机关对于具备法定追诉条件的案件,可以斟酌各方面的情况,在认为对犯罪嫌疑人不予起诉比起诉更为适宜时,作出的不起诉决定。从理论上讲,酌定不起诉制度不仅有利于教育改造这一刑罚目的的实现,也可以避免短期自由刑所带来的弊端,还极大地节约了司法资源。然而,现实的结论却并非如此。以北京市海淀区人民检察院为例,该院1998年提起公诉2511人,而酌定不起诉仅1人。^①数量之微,实在惊人。即使是在大力倡导社会和谐的今天,酌定不起诉面临的形势依然十分严峻。再以山东省淄博市为例,该市检察机关酌定不起诉数2004年为27件46人,2005年为14件16人,2006年为5件7人。^②有鉴于此,本文拟通过对国内外酌定不起诉制度的分析,就我国酌定不起诉的完善从制度层面做些力所能及的探讨,以求教于大家。

* 刘秋平:浙江省宁波市江北区人民检察院检察官。

① 李金秀、潘强:“论酌量不起诉”,载《犯罪研究》2006年第4期。

② 阎文忠、王宣立:“不起诉适用尚有扩大空间”,载《检察日报》2007年8月22日版。

一、我国酌定不起诉之现状分析

我国刑事诉讼法第142条第2款规定:“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不予起诉决定。”这就是所谓的酌定不起诉。

2007年年初,最高人民检察院出台了最高人民检察院《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》。针对是否起诉问题,该意见第8条明确指出:“正确把握起诉和不予起诉条件依法适用不予起诉。在审查起诉工作中,严格依法掌握起诉条件,充分考虑起诉的必要性,可诉可不诉的不诉。对于初犯、从犯、预备犯、中止犯、防卫过当、避险过当、未成年犯罪、老年人犯罪以及亲友、邻里、同学同事等纠纷引发的案件,符合不予起诉条件的,可以依法适用不予起诉,并且可以根据案件的不同情况,对被不予起诉人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失。确需提起诉讼的,可以依法向人民法院提出从宽处理、适用缓刑等量刑方面的意见。”这些规定在教育改造犯罪嫌疑人、节约司法资源等方面起到了一定的作用,但依旧存在诸多的不足,主要如下:

第一,酌定不起诉的适用过于谨慎。我国刑事诉讼法对酌定不起诉的适用条件,是“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”。由于法律对于什么是“犯罪情节轻微”缺少较为详细的规定,实践中往往狭义地认为,“犯罪情节轻微”只存在于较轻的罪名当中。至于“不需要判处刑罚或者免除刑罚”,我国刑法规定了不少“可以免除处罚”和“应当免除处罚”的法定量刑情节,但是实践中的适用也是太过谨慎,往往是能够用“减轻处罚”就不用“免除处罚”。如此一来,符合酌定不起诉条件的案件为数甚寡。

第二,酌定不起诉的方式过于简单。依据我国刑事诉讼法,检察机关作出不予起诉决定只是简单地出具一纸不予起诉决定书,不得附加其他条件。这严重妨碍了酌定不起诉的适用。因为实践中,有的案件,如果赔偿问题得以解决,本来可以不予起诉,但由于犯罪嫌疑人没有能力一次性赔偿被害人,分期支付赔偿款检察机关又担心无法约束被不予起诉人,因而不得已作出起诉决定。也有些案件,办案人员认为观察一个时期后再作出不予起诉决定较为妥当,或者在不予起诉时附加一定条件更好,但

法律并没有这样的规定,由于担心酌定不起诉会带来一定风险,检察机关也只好提起公诉。毕竟按照现行刑事诉讼法,酌定不起诉决定一经作出就具有终止刑事诉讼程序的效力,就是检察机关对被不诉人也难以形成有效的约束。如果法律允许检察机关在作出酌定不起诉的同时可以附加一些条件,这些案件都可以纳入酌定不起诉的范畴,并且社会效果也要好得多。

第三,酌定不起诉没有体现对未成年人、老年人和在校学生的特殊保护。我国颁布了未成年人保护法、预防未成年人犯罪法等一系列专门针对未成年人的法律和司法解释。但是,我国并没有把对未成年人犯罪起诉、不起诉标准与成年人区别对待,二者只能一同适用刑事诉讼法的有关规定,而我国刑事诉讼法完全是以成年人为基准构建的,这就极易导致对未成年人司法保护的忽视。对老年人和在校学生则更加没有特殊的规定。

第四,酌定不起诉的制约机制不完善。我国刑事诉讼法第145条规定,对于有被害人的案件,检察机关决定不起诉的,人民检察院应当将不起诉决定书送达被害人,被害人如果不服不起诉决定的,可以自收到决定书后7日之内向上一级人民检察院申诉,请求提起公诉。如果人民检察院维持不起诉,被害人可以向人民法院起诉。被害人也可以不经申诉,直接向人民法院起诉。该法第144条规定,对于公安机关移送起诉的案件,人民检察院决定不起诉的,应当将不起诉决定书送达公安机关。公安机关认为不起诉的决定有错误的时候,可以要求复议,如果意见不被接受,可以向上一级人民检察院提请复核。第146条还规定,对于人民检察院依照第142条第2款作出的不起诉决定,被不起诉人如果不服,可以自收到决定书后7日之内向人民检察院申诉,人民检察院应当作出复查决定,通知被不起诉人,同时抄送公安机关。由此可见,依据我国刑事诉讼法的规定,检察机关作出的酌定不起诉决定,公安机关、被害人和被不起诉人都有提出异议的权利。这对检察机关来说是一种制约。此外,最高人民检察院近年来推行的人民监督员制度对于职务犯罪侦查案件的酌定不起诉也具有一定的制约作用。然而,这些制约对于检察机关来说,实际上都苍白无力。一是就公安机关、被害人和被不起诉人来说,他们的复议、复核或者申诉,其最终的裁决机

关仍然是检察机关,这种检察机关既做运动员又做裁判员的做法其正当性本身就值得质疑。二是就被害人自己提起自诉而言,其难度也是不言而喻的,因为在公安机关收集不到证据的情况下,被害人自己岂能收集到有效证据?三是人民监督员的监督范围也仅局限于职务犯罪案件,并且人民监督员制度本身也亟待完善。

第五,酌定不起诉的配套制度严重滞后。酌定不起诉的有效实施离不开社会其他配套制度的支持,其间最为棘手的就是酌定不起诉后被不起诉人的监管、教育问题。在我国大部分地方,办案机关、家庭、学校、企业与村(居)委会之间没有建立有效的共同监管机制,被不起诉人往往处于一种放任的状态。同时,政府在相关的机构设置和活动组织方面的关注程度也存在严重不足,被不起诉人往往难以获得有效的心理矫正及适当教育等。这极不利于被不起诉人融入社会正常地生活、学习或工作,也难以避免在某些因素促使下重新犯罪。监管、教育上的困惑,迫使办案人员在面临“可诉可不诉”时,选择了起诉。

第六,各级检察机关日常工作中限定不起诉率,将不起诉率作为考评指标,设立严格的审批程序等做法也严重地阻碍了酌定不起诉的正常发展。

二、国外酌定不起诉的主要经验

当今世界,各国大都赋予检察机关以酌定不起诉权。然而,由于法律传统、诉讼理念、文化基础、价值观念等方面的差异,各国立法对于检察机关酌定不起诉制度的规定,又各不相同。

英美法系国家的法律制度是以抗辩制和自由裁量权为典型特征的,^①其酌定不起诉制度也不例外。以英国为例,作为英美法系的代表,英国一直十分重视检察官的酌定不起诉裁量权。根据法律规定,英国皇家检察官的职责就是对警方移交的案件材料和证据进行审查,然后决定是否向法院起诉。皇家检察官审查决定对案件是否提起公诉分为两个阶段:第一阶段是证据检验。经过审查,皇家检察官必须确信有

^① 麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,法律出版社2003年版,第137页。

充分的证据证明对每一被告人的每一项指控都有“定罪的现实可能性”。这种“定罪的现实可能性”是一个客观的检验标准,它是指在法律的正当指引下,陪审团或治安法官很可能宣判被告人犯有被指控的罪行。一旦该案件未通过证据检验,皇家检察官便可以决定不起诉,而不论该案件可能有多么严重或重要。这一做法跟我国差不多。但是,如果案件通过证据检验,皇家检察官还必须根据公共利益决定有无提起公诉之必要,即进入决定是否提起公诉的第二个阶段——公众利益检验。也就是说,即使被告人具备定罪的现实可能性,但倘若出于公共利益的考虑,没有必要追究被告人的刑事责任,皇家检察官也可以作出不起诉的决定。皇家检察官在决定是否提起公诉时,必须综合考虑支持提起公诉的公共利益因素和反对提起公诉的公共利益因素。因此,一个案件即使具备了定罪的充分证据,但是只要反对提起公诉的公共利益因素大于支持提起公诉的公共利益因素,皇家检察官仍会作出不起诉的决定。^①由此可见,在英国,虽然“定罪的现实可能性”是审查起诉的一个重要环节,但公共利益才是检察机关酌定是否不起诉最重要的标准。这使得酌定不起诉在英国必然会获得广泛的生存空间。

大陆法系国家的法律制度虽然以审问制和无自由裁量权为原则。但实际上,所有的制度都只是某种程度的审问制或抗辩制,所有的制度都或多或少允许一定的自由裁量权。^②以德国为例,长期以来,德国是实行起诉法定主义的典型国家。检察机关对于有足够的证据证明有犯罪嫌疑且具备可追诉条件的案件,必须提起公诉。但是,自20世纪60年代以来,随着犯罪率的不断增加和犯罪现象的日趋复杂化,导致司法人员数量的缺乏与国家财政压力的增大。德国法律也赋予了检察机关酌定不起诉权。德国《刑事诉讼法》第153条a规定:经负责开始审理程序的法院和被指控人同意,检察院可以对轻罪暂时不予提起公诉,已经起诉的,法院可以在审判终结前的任何时刻暂时停止程序,同时要求

① 邓晓静、陈咏梅:“英、德、日不起诉裁量权之比较”,载《人民检察》2004年第9期。

② 麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,法律出版社2003年版,第137页。

被告人选择下述行为:(1)作出一定给付,弥补造成的损失;(2)向某公益设施或国库交付一定款额;(3)作出其他公益给付;(4)承担一定数额的赡养义务。对于上述要求,检察院对被指控人规定期限,前3项最多为6个月,第(4)项最多为1年。被告人只要能按期履行这些义务,检察院就可以不再追究其刑事责任。反之,被告人不履行这些义务或部分履行,检察机关不仅要对他提起公诉,而且对其已经履行的部分款额也不再退还,还要将不履行行为作为轻罪追究其刑事责任。^① 为了防止检察机关酌定不起诉权的滥用,德国确立了强制起诉制度。所谓强制起诉制度就是如果告诉人的申诉被上级检察官驳回,告诉人可以在一个月之内,向有管辖权的高等法院申请裁判,要求法院强制检察官起诉。^②

日本传统上属于大陆法系国家,但其现行的刑事诉讼法却大量地模仿、借鉴英美法系(特别是美国法)的做法,因而其法律制度别具特色。就起诉制度而言,日本是实行酌定不起诉的典型国家。在日本,公诉机关在法律和政策许可的范围内,可自由裁量决定是否起诉、如何起诉,即准许检察官对是否起诉拥有一定自由裁量权。其《刑事诉讼法》第248条规定,检察官根据犯人的性格、年龄及境遇、犯罪的轻重及情节和犯罪后的情况,没有必要追诉可以不提起公诉。换言之,检察官在斟酌是否起诉时,应当考虑如果不施刑罚是否有利于犯罪嫌疑人回归社会,是否有利于维持正常的社会秩序以及不予起诉在诉讼经济上的意义等。^③ 日本对检察机关的酌定不起诉也设立了监督救济机制,这些机制主要有准起诉程序和检察审查会制度。所谓准起诉程序是指对于侵犯人权的案件,如检察官做出不起诉处分的决定,犯罪控告人等可以请求把案件直接提交法院审判。^④ 检察审查会设置的目的是为了避

① 周欣:《欧美日本刑事诉讼》,中国人民公安大学出版社2002年版,第149~152页。

② 成凯:“论我国裁量不起诉监督机制的完善”,载《社会科学研究》2005年第6期。

③ 彭勃:《日本刑事诉讼法通论》,中国政法大学出版社2002年版,第156页。

④ [日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪、张凌、穆津译,法律出版社2001年版,第112页。