·社会发展与法律多元:新时代公诉权运行原理研究·

编者按:2021年8月,中共中央专门印发《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》,体现了党中央对新时代检察工作的高度重视。作为检察工作的重要内容,公诉是决定检察职能良好发挥的关键制度。近些年来,以“以审判为中心的诉讼制度改革”及“认罪认罚从宽”等制度性改革在中国推广开来。这些改革在革新刑事诉讼理念的同时,自然也对公诉制度产生了重大影响。近期,党和国家又对公诉制度提出了新期待:2021年4月,中央全面依法治国委员会把“坚持少捕慎诉慎押刑事司法政策”列入2021年工作要点,最高人民检察院印发的《“十四五”时期检察工作发展规划》也专门提出“落实少捕慎诉慎押司法理念,切实履行指控证明犯罪主导责任”“依法行使起诉裁量权”。如何规范行使起诉裁量权、构建合理的公诉制约监督机制,是当下进一步完善检察权面临的重要课题。本专题收录的三篇文章正是在“坚持少捕慎诉慎押”刑事司法政策的背景下,分别从“起诉裁量权的基本原理”“起诉裁量权的比较法考察”和“起诉权的监督制约机制”的角度切入,重新检视我国公诉制度的实然与应然。

起诉裁量权的概念、范围与程序空间

孙　远

摘　要:起诉裁量权专指检察机关对于那些已经达到法定起诉条件的案件,从一定的政策、利益等出发进行合目的性的考量之后,作出不起诉处分的权力,检察机关对于证据的判断以及对法律的解释均不属于裁量的范畴。在我国制度背景下,检察机关无权以某一刑法规则不具合理性为由作出裁量不起诉的决定,其裁量权原则上只能在轻微犯罪这一有限范围内行使。因此,扩大检察机关的起诉裁量权并不在于扩大该权力可以行使的案件范围,而是应一方面丰富起诉裁量权的行使方法,另一方面,通过改造现有的撤回起诉制度以及推进检察机关提前介入侦查,为起诉裁量权的运行提供更为充分的程序空间。

关键词:起诉裁量权;合目的性;轻微犯罪;程序空间

作者简介:孙远,中国社会科学院大学法学院教授、博士生导师(北京 102488)

基金项目:国家社科基金重点项目“大数据侦查的程序控制与证据适用研究”(19AZD024)

DOI编码:10.19667/j.cnki.cn23-1070/c.2022.01.009

一、起诉裁量权的概念辨析

起诉裁量权在我国学界早已不是一个令人陌生的概念,但其确切含义究竟为何,理论与实务界却尚未达成较为清晰的认识。国内针对检察机关起诉裁量权的研究常常是从美、德等西方国家的相关制度中寻得借鉴,但是深入比较之后则会发现,在不同的法律体系与诉讼模式之下,检察官的起诉裁量权

存在极大差异，此种差异不仅体现在具体的制度设计上，还体现在对起诉裁量权这一概念内涵的理解上，其中，前一方面的差异相对比较容易觉察，而后一方面则往往被人忽略。鉴于此，有必要对起诉裁量权这一概念的内涵做一番辨析，否则便很难准确把握这一权力在不同制度背景下运作的具体原理。

（一）自由心证、法律解释与起诉裁量

在美国法上，起诉裁量权历来是一个含义相当宽泛的概念，美国人倾向于将检察官在决定起诉与否时，所有需要根据个案情况展开判断的活动都归入“裁量”的范畴。比如，美国学者在论证赋予检察官起诉裁量权之必要性时，往往会提及三个理由：（1）并非所有法律都是可以执行的；（2）检察官不得不解释不确定的法律规定；（3）在决定证据是否充分时检察官必然要行使裁量权。[①]初看上去，在美国学者提及的这三种情形中，检察官确实都要根据个案具体情况作出一系列的权衡与判断，但是，它们是否都可以归入“裁量”的范畴却不无疑问。这一点只要对比一下传统职权主义诉讼中的概念体系，即可发现端倪。

第一，上述第三种情形与裁量之间的差异是最明显的，任何国家的刑事诉讼法均将一定的证明标准设定为提起公诉的必备条件之一，检察官判断某一案件是否达到法定证明标准的活动其实便是对在案证据的证明力进行衡量，此种活动更准确的称谓显然应当是“自由心证”，而非“自由裁量”。自由心证所要解决的是真实性这一事实层面的问题，而起诉裁量权项下的自由裁量所要解决的则是起诉是否具备“合目的性”的问题，[②]它是在事实已经清楚的前提之下，进一步判断对该事实提起公诉是否符合法律所追求的目的。换言之，前者所要回答的是一个“是与不是”的问题，后者则是在此基础上继续考虑“应当如何”决策的问题；前者的判断依据是经验法则，而后者的依据则是对法律所追求的各项利益之优先级的权衡。就我国刑事诉讼法而言，情况亦是如此，根据本法第175条第四款之规定，人民检察院对于证据不足的案件，应当作出不起诉的决定，此种不起诉的作出显然并非行使起诉裁量权的结果，因为基于《刑事诉讼法》第176条第一款可知，证据不足乃属未达到法定起诉条件，当然不得起诉，检察机关对此并无任何裁量的余地。[③]

第二，美国学者提到的第二种所谓“裁量”的情形，亦即针对法律规定中不确定的内容进行解释，与起诉裁量之间确实有一些容易混淆之处，但实际亦属两种性质不同的活动。在法律适用过程中，法律条文含义不确定的现象时有发生，此时便需要凭借解释、漏洞填补以及续造等一系列法律方法，将规范的不确定之处予以澄清，[④]并对该法律问题得出最终的判断。但解释、漏洞填补与法律续造均非起诉裁量权中所指的“裁量”，盖前者意在探求法律之真意，而后者则是在真意已经确定的前提之下，探求是否存在另一个比实现该法律真意更为重要的利益需要维护。因此，对于许霆利用ATM机故障取款这样一起事件，许霆的行为是否可以涵摄到《刑法》第264条“盗窃”的概念之下，以及ATM机是否属于“金融机构”等，均属一时难以确定的问题，而此类问题的解决并不是一个裁量的过程，而是解释的过程。一旦检察院解释的结论是否定的，则需依据《刑事诉讼法》第177条第一款作出法定不起诉之决定；反之，若得出肯定结论，方有在此结论基础上进一步裁量是否考虑本案特殊情况，对许霆予以酌定不起诉之可能。在上述前后相继的两个环节中，只有后者才属于起诉裁量这样一种“合目的性”的考量，显然，检察院在本案中裁量的结果是提起公诉。

总之，对于不确定的法律进行解释、漏洞填补以及续造都是在澄清一个法律问题，其认知过程完全

① 参见肯尼斯·卡尔普·戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，北京：商务印书馆，2009年，第218页。
② 参见林钰雄：《刑事诉讼法》（上册），台北：元照出版有限公司，2013年，第55页。
③ 参见孙远：《刑事诉讼法解释问题研究》，北京：法律出版社，2016年，第48页。
④ 参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，北京：商务印书馆，2020年，第300—301页。

是在法的范围内展开的，而起诉裁量则是在法律的要求已经获得澄清，但仍进一步判断是否有必要基于一些法外因素，在个案当中做出与法律之要求不同的决定。日本学者田口守一将起诉裁量所需考虑的因素概括为三个方面，即刑事政策、被害人和其他市民的意愿、诉讼经济。[①]不难看出，这三个方面均已超出了本案所适用之法律规定的范围。将法的解释、漏洞填补与法律续造等一系列法学方法论上的技术和起诉裁量区分开来有非常重要的现实意义，因为这两种权力的主体是不同的。在刑事诉讼中，法律的最终解释之权归法院行使，而起诉裁量权的行使主体则是检察院。这意味着，当在某一个案中，相关法律条款应如何解释出现疑问时，检察院原则上应当将该案诉交法院裁决，[②]否则，基于不告不理原则，该疑问将无法通过法院裁判获得澄清；[③]但是，对于一个事实清楚，且在法律上亦毫无疑问地构成犯罪的案件，是否存在某些政策或利益上的因素支持作出不起诉的决定，则是一个需要由代表国家行使公诉权的检察机关来考虑的问题。如果将二者混淆，则可能造成两种不利后果：一是检察院未能善尽起诉裁量权，二是检察院以裁量之名染指对法律进行最终解释、漏洞填补甚至是续造的权力。

第三，基于上述两点分析可知，在美国学者提及的三种所谓“裁量”当中，只有第一种才属于真正意义上的起诉裁量。它指的是这样一种情形：尽管已有相当充分的证据证明被告人实施了某一被刑法规定为犯罪的行为，对其提起公诉是完全合法的，但是，此种合法的起诉却有可能造成一些我们不愿接受的不利后果，换言之，此种起诉虽然“合法”但不合“目的”。因之，前述美国学者所说的法律不可执行的情况，其实也并非真的不可执行，而毋宁是说，如果我们要实现某些重要目的的话，该法律才是不可执行的，而起诉裁量权的功能便是促进这些重要目的的实现。

综上所述，起诉裁量权所针对的并不是提起公诉的事实条件与法律条件成立与否，而是在确信这两个条件均已成立的情况下，考量追诉的合目的性问题。在此之前检察官对于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，如果将它们归入裁量，那么起诉裁量权这个概念就太过包罗万象了。我们研究起诉裁量权的目的是在充分挖掘该权力功能的同时对其进行有针对性的规制，而一个太过包罗万象的概念无助于这一目的的实现，因为这几种活动在性质、主体、依据等方面均存在明显差别。

美国之所以习惯于在如此宽泛的意义上使用起诉裁量权的概念，其实恰恰是与其一直未在制度上对这一权力展开实质性规制有关。如有美国学者指出：“‘起诉裁量权’一词指的是这样一个事实，即根据美国法，政府方的起诉律师在选择是否提出刑事指控，以及提出什么样的指控方面，享有近乎绝对和不受审查的权力……”[④]可见，在美国人那里，起诉裁量权在很大程度上是被用来描述一类“事实”，而尚未对这些事实的性质做进一步的区分，并在此基础之上探索与各自性质相符的规范路径。但在以德国为代表的欧陆各国，检察官历来被定位为法律的“守护者”，其重要使命在于“使客观的法意旨贯通整个刑事诉讼程序”[⑤]。此外，起诉法定主义原则又令检察官的起诉与不起诉决定均受到法律的严格限定，凡此种种均使得裁量与类似现象之间的区别能够且有必要被较为精准地捕捉到。众所周知，与英美历来采取的起诉便宜主义不同，德国的起诉裁量权是在对传统起诉法定主义作出一定限缩之后的有限空间中出现的，在这样一种以起诉法定主义为主、便宜主义为补充的大

① 参见田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，北京：法律出版社，2019年，第199页。

② 在刑事诉讼中，法律问题存疑与事实问题存疑的处理方式恰好相反，检察院应当尽量将法律问题存在疑问的案件诉至法院，而对于事实问题存疑时，则应依据《刑事诉讼法》第175条第四款作出存疑不起诉的决定。

③ 参见林钰雄：《检察官论》，北京：法律出版社，2008年，第106页。

④ 参见约书亚·德雷斯勒、艾伦·C.迈克尔斯：《美国刑事诉讼法精解》（第二卷），魏晓娜译，北京：北京大学出版社，2009年，第114页。

⑤ 林钰雄：《检察官论》，第8页。

格局之下，对裁量的概念作出一个精确的界定是非常必要的，否则检察官行使裁量权很可能脱离法定轨道，从而丧失其法律守护人的角色；反之，在美国这种并无起诉法定主义传统，且检察官在起诉环节的权力亦几乎不受限制的现实状况之下，对于起诉裁量权的概念维持一种宽泛的理解也就足够了。[①]

（二）起诉裁量与不起诉裁量

美国刑事诉讼法教科书中经常提及，检察官的裁量权包括起诉的裁量权与不起诉的裁量权；[②]但是，在传统职权主义诉讼中，检察官裁量权往往专指不起诉裁量权，除此之外，并不存在一个与之相对的起诉裁量权的概念。也正因如此，在职权主义诉讼中，尽管人们往往也习惯使用“起诉裁量权”的表述方式，但究其实质，它所指的其实还是针对已经达到法定起诉条件的案件做裁量不起诉的权力，而本文也沿用了这样一种习惯用法来使用起诉裁量权的概念。

那么，究竟美国法上是否真的存在一种可以区别于不起诉裁量权的起诉裁量权呢？要回答这个问题，需要回到起诉法定主义与起诉便宜主义的区别与联系的问题上来。所谓起诉法定主义，是指只要有足够的事实根据，追诉机关就有义务对所有的犯罪行为进行调查；而只要该调查显示有足够的事实依据，则追诉机关即需提起公诉。[③]而起诉便宜主义则是指虽然具备犯罪嫌疑与诉讼条件，但在不必要起诉时，由检察官裁量作出不起诉决定，又称起诉裁量主义。[④]从中可以看出，起诉法定主义与起诉便宜主义既有区别亦有联系，其共同点在于，提起公诉的案件必须符合法定起诉条件，起诉便宜主义亦绝不允许检察官将不符合起诉条件的案件作出起诉决定，二者区别仅在于对那些已经达到起诉条件的案件，是否允许检察官裁量不起诉。[⑤]因此，即使在起诉便宜主义之下，检察官裁量权的行使也只能针对那些已经符合法定起诉条件的案件。对于这些案件，起诉或不起诉只是裁量之后可能得出的两种结果。一定要将那些裁量后提起公诉的案件说成检察官行使了起诉裁量权，将那些不起诉的案件说成行使了不起诉的裁量权，这是没有意义的，因为这根本就是同一种权力，而起诉和不起诉仅仅是该权力运行之后的两个可能的结果。当然，作为启动此种权力之前的一个必经步骤，检察官必须已经通过准确认定事实和适用法律获得案件已经符合起诉条件的结论，而前文的分析已经表明，此种活动并不属于裁量。

但是，这并不意味着美国学者所称“起诉的裁量权”便是一个完全没有任何意义和所指的概念。在英美起诉便宜主义原则之下，确实存在一种可以与“不起诉的裁量权”相区别的“起诉的裁量权”，但此种权力在传统职权主义诉讼中是不存在的。以美国为例，检察官对于达到起诉条件的案件，不仅享有“是否”起诉的裁量权，还享有“如何”起诉的裁量权。在是否起诉的问题上，起诉裁量权与不起诉裁量权是同义语；但是对于那些决定提起公诉的案件，究竟选择以何种方式提起公诉则是一项专属于英美检察官的权力，而职权主义诉讼中的检察机关则无此权力。产生此种差别的原因既有实体上的也有程序上的。

一方面，美国刑法上判断罪数形态的一个基本原则是，行为或结果符合几项法律规定便构成几个

---

① 一个比较有趣的现象是日本，该国刑事诉讼在“二战”之后受美国影响，起诉环节已经全面贯彻便宜主义，但由于其历史上职权主义以及起诉法定主义的传统，其对起诉裁量权的概念依然保持了原有的精确界定。如田口守一在其教科书中明确指出，起诉裁量是指“虽然具备犯罪嫌疑和诉讼条件，但在不必要起诉时，由检察官裁量作出不起诉的决定。”参见田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，第198页。

② 约书亚·德雷斯勒、艾伦·C.迈克尔斯：《美国刑事诉讼法精解》（第二卷），魏晓娜译，第115页。

③ 克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，北京：法律出版社，2003年，第103页。

④ 田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，第198页。

⑤ 参见孙远：《刑事诉讼法解释问题研究》，第48页。

罪，换言之，同一行为构成两个以上罪的，对各罪均可追诉，我国学者将此种原则称为“法定说”[①]。另一方面，美国刑事诉讼法在审判对象问题上历来又采用诉因制度，亦即检察官指控中主张的事实及对该事实的法律评价，对法院均有限定作用，法院原则上只能对该指控成立与否作出裁判，不仅不能超出指控的犯罪事实，而且亦不得对该事实作出与检察官不同的法律评价。这两方面因素使得美国的检察官面对一个符合法定起诉条件的事实时，有多种不同的起诉方式，其在各种方式之间所做的选择便是一种裁量，而且此种裁量不同于不起诉裁量，而是一种真正的起诉裁量。而且此种起诉裁量对于英美法而言有相当的必要性，因为其用以判断罪数的“法定说”显然过于严厉，根本就是一种不可能严格贯彻的标准，在欧陆法律人眼中，它甚至相当于根本就没有标准，而检察官的起诉裁量权恰恰起到了弥补其实体层面罪数标准之不足的功能。[②]

但是，此种起诉裁量权在职权主义诉讼中并不存在。第一，我国以及欧陆国家的刑法学均已经发展出相当复杂精细的罪数形态理论。尽管具体标准存在差异，但在制度层面则共享一个基本的假定，那就是对于同一事实，罪数如何评价，只存在一种最为恰当的结论，而且这一结论的获得属于法律解释而非裁量的过程。因此检察官对于同一事实，理论上也只存在一种正确的起诉方式，并无裁量之余地。第二，与英美诉因制度不同，职权主义诉讼采公诉事实制度，亦即检察官指控中唯有事实的部分对法院审判起限定作用，而对该事实的法律评价则由法院行使最终决定权，这意味着在起诉书指控的事实范围内，法院若认为检察院对该事实的罪名或罪数等方面的法律评价存在错误，应依法作出变更。在这样一种制度背景下，职权主义诉讼中的检察官不可能获得与他们的英美同行一样的起诉裁量权。即使近年来传统职权主义诉讼中的起诉法定主义立场有所松动，在一些轻微案件中引入起诉便宜主义原则，但其所引入的也只是一种对轻微犯罪事实做不起诉决定的裁量权，而不包括对该事实选择不同起诉方式的所谓起诉裁量权。因为起诉便宜主义的引入并没有改变其实体法上的罪数标准以及程序法上的公诉事实制度。

总之，起诉裁量权在不同法律体系之下具有不同的内涵，要探讨我国起诉裁量权如何运作，首先需要结合我国的制度背景对其内涵作出清晰界定。基于上文分析，起诉裁量权在我国刑事诉讼中应当指的是这样一种权力：检察机关对于那些已经达到法定起诉条件的案件，基于一定的政策、利益等进行合目的性的考量之后，作出不起诉处分的权力。本文接下来所要探讨的起诉裁量权之适用范围与程序空间，所针对的也是这种意义上的起诉裁量权。

二、起诉裁量权的适用范围

如前所述，起诉裁量权之本质是基于某些目的性方面的考量，而决定在一个事实清楚的案件中不再适用某一非常明确的刑法规范，从而作出不起诉的决定。那么，究竟有哪些因素会导致此种情况的出现？这样一种可以在个案中实质性废止一项法律规则之适用的权力应在何种范围内行使？文章的这一部分将对这个问题做一分析。

（一）基于修正不合理立法的起诉裁量权

如果某一法律规定本身便是不合理的，那么，根据该规定提起的公诉便很可能危及某些重要的目的或利益。这一点尽管常常被我国学者忽略，但却是英、美采行起诉便宜主义的首要原因。英美法系的判例法传统造成其刑法规则较为粗糙凌乱，如美国学者指出，其联邦和各州的法律一直存在较为严重的过度刑法化现象，甚至有很多过于理想化或者过时的规定，这些规定在理论上仍然具有法律效力，但事实上却很难真正适用，如通奸、乱伦等行为，在社会风俗早已发生变化后，仍然存留在法律文本

① 参见储槐植：《美国刑法》，北京：北京大学出版社，2005年，第115页。

② 参见孙远：《刑事诉讼法解释问题研究》，第58页。

上。[①]美国人认为，这些规定“不可执行，因为我们想继续我们的行为方式，但它又不能被废除，因为我们还想保持我们的道德”[②]。这使得美国刑法如果得到全面贯彻的话，其结果恰恰是不能被接受的。因此，美国人坚信，如果不对刑法做整体上的改革，起诉裁量权就是不可缺少的。[③]在这个意义上可以认为，英美法系检察官不受限制的起诉裁量权其实是一种用来修补其实体法不足的程序装置。

但是，此种发挥修补实体法之缺陷功能的起诉裁量权，在以德国为代表的传统职权主义诉讼中则基本上是不需要的，甚至是不被允许的，因为二者刑事实体法的状况存在非常重大的差异。以德国为例，一方面，该国设有统一且完备的刑法典，另一方面，自费尔巴哈、李斯特以来，历代刑法学者又逐步积累起一套复杂精细的刑法教义学。这使得美国刑法中那些常常被认为是“不可执行”的规定，在德国法中是比较罕见的。在绝大多数情况下，只要事实已经调查清楚，那么只要运用刑法教义学将其刑法规则适用于该事实之上，即可确保其最终结论的妥当性。正因为如此，与英美法系的起诉便宜主义不同，德国刑事诉讼法传统上奉行起诉法定主义，亦即在有充分证据的情况下，任何犯罪都应当得到追诉。[④]这意味着，英、美检察官在个案处理过程中实质上拥有废止一项法律规则的权力，德国检察官则无此权力；对于美国的检察官来说，刑法只是提起公诉的素材，尽管刑法将某一行为规定为犯罪，也仅仅表明检察官有可能会对此种行为展开追诉，而对于德国的检察官而言，刑法则是其守护的对象。

我国刑事实体法的状况显然与德国类似。自1979年开始即制定了统一的刑法典，近年来又在学习德、日等国刑法学的基础上，刑法教义学得到了长足发展。这决定了我国检察机关不可能享有美国那样广泛的起诉裁量权，因为美国检察官在个案中需要裁量决定的很多问题，在我国已经由立法者权衡过了。甚至与德、日等国相比，我国刑法在立法层面的权衡更为慎重，仅将具有“严重社会危害性”的行为规定为犯罪，并且凭借《刑法》第13条的“但书”规定，将诸多在德、日被视为犯罪的行为也排除于犯罪之列。因此，讨论我国检察机关的起诉裁量权如何行使便需明确两个前提：第一，在刑法规则的合理性问题上，检察机关并无裁量权，亦即检察机关无权以某一刑法规则不具合理性为由作出裁量不起诉的决定。第二，检察机关基于其他理由行使裁量权亦应在一个有限范围展开，所谓“有限范围”便是指以轻微犯罪为原则。这是因为在刑事实体法较完备的情况下，全面贯彻法律这一目的理应在决定是否追诉的各项因素中占据更高的权重，而且罪行越严重，其所占权重则越高。我国《刑事诉讼法》第177条以及德国《刑事诉讼法》第153条分别将酌定不起诉适用范围限定为“犯罪情节轻微”的案件和“行为人罪责轻微，且不存在公共利益的轻罪”，也正是基于此种考虑。

（二）我国应如何扩大起诉裁量权

如前所述，起诉裁量权在我国刑事诉讼中只能在轻微犯罪这一有限范围内行使，重罪案件则应严格贯彻起诉法定主义，检察机关并无裁量之余地。鉴于此，有学者将我国刑事起诉原则概括为“起诉法定主义为主，起诉便宜主义为辅”[⑤]。但是，这丝毫不意味着起诉裁量权在我国刑事诉讼中处于一个可有可无的地位，相反，随着社会的发展，起诉裁量权的重要作用愈发凸显。尽管在制度逻辑上，起诉便宜主义仅居于“为辅”之地位，但从案件数量来看，检察机关在绝大多数案件中，均有行使起诉裁量权之

① 安吉娜·J.戴维斯：《专横的正义》，李昌林、陈川陵译，北京：中国法制出版社，2012年，第14页。

② See Lafave W.R., Isreal J.H., King N.J.et.al., *Criminal Procedure* , West, 2009 , p.710.

③ 参见约书亚·德雷斯勒、艾伦·C.迈克尔斯：《美国刑事诉讼法精解》（第二卷），魏晓娜译，第118—119页。

④ See Bohlander M., *Principles of German Criminal Procedure*, Hart Publishing Ltd, 2012, p.25.

⑤ 相关文献可参见汪建成：《论起诉法定主义与起诉便宜主义的调和》，《中国人民大学学报》2000年第2期，第90—95页；宋英辉、吴宏耀：《不起诉裁量权研究》，《政法论坛》2000年第5期，第116—128页；陈岚：《论检察官的自由裁量权——兼析起诉便宜原则的确立及其适用》，《中国法学》2000年第1期，第121—129页；唐永禅、杨帆：《论检察机关的起诉裁量权》，《法商研究》1999年第2期，第79—82页。

可能，须知实务中超过百分之八十的案件均属可以做酌定不起诉的轻微刑事案件，因此对于日常刑事司法实践而言，起诉裁量权的作用无可替代。但是，相当长一段时间以来，我国学界一个较广泛的共识认为，起诉裁量权所具有的潜力尚未得到充分开发，因此扩大起诉裁量权的呼声甚为强烈。[①]对此，笔者认为，起诉裁量权在我国未能发挥应有之作用，其原因并不在于检察机关可行使该权力的案件范围过窄，而在于对该权力的运作方法太过贫乏。详言之，主要体现在两个方面：第一，由于对起诉裁量权之功能认识不足，在很多原本可以裁量的案件中不敢或是不愿裁量。第二，现行刑事诉讼法及相关司法解释没有为起诉裁量权的充分行使提供足够的程序空间。文章的这一部分将对上述第一点问题做一探讨，关于该权力运作之程序空间，将于后文详述。

我国现行法中有关检察机关裁量不起诉的规定主要是以下几种情形：

第一，《刑事诉讼法》第177条第二款规定的酌定不起诉，即“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起诉决定”。

第二，《刑事诉讼法》第282条规定的附条件不起诉，即“对于未成年人涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪，可能判处一年有期徒刑以下刑罚，符合起诉条件，但有悔罪表现的，人民检察院可以作出附条件不起诉的决定。”

第三，《刑事诉讼法》第290条规定的和解不起诉，即对于达成和解协议的案件，人民检察院“对于犯罪情节轻微，不需要判处刑罚的，可以作出不起诉的决定。”

第四，《刑事诉讼法》第182条规定的特殊不起诉，即“犯罪嫌疑人自愿如实供述涉嫌犯罪的事实，有重大立功或者案件涉及国家重大利益的，经最高人民检察院核准，公安机关可以撤销案件，人民检察院可以作出不起诉的决定，也可以对涉嫌数罪中的一项或者多项不起诉。”

不难看出，上述四种情形的共同点在于它们均属基于合目的性之裁量而作出的不起诉决定，这是其与法定不起诉和证据不足不起诉之间的本质区别。唯需指出的是特殊不起诉属于一种极为罕见的情形，此种不起诉的作出主要是基于一些政治利益的考量，本文不做讨论，仅对其他三种不起诉的关系与适用做一简要分析。

从刑事诉讼原理层面来看，无论是和解不起诉还是针对未成年人的附条件不起诉，其实均非独立的不起诉种类，《刑事诉讼法》第177条第二款的酌定不起诉可以被视为我国起诉裁量权的一个原则性规定，而附条件不起诉与和解不起诉则是该原则之下法律明确列举的酌定不起诉之具体情形。但是，此种立法方式显然不意味着只有在犯罪嫌疑人未成年或双方达成和解的情况下，才可以考虑裁量不起诉，《刑事诉讼法》第177条第二款实际上已经赋予检察机关在该款划定的案件范围内以广泛的自由裁量权，所谓起诉裁量权的扩大，很大程度上便是要在个案中将该款规定“用足”。

总之，尽管在我国法律体系之下，起诉裁量权仅能在法律允许的有限范围内行使，但此一范围上的限制同时也意味着，在此范围之内，检察机关有责任充分行使起诉裁量权，以求对个案得出一个不仅合法同时又具有合目的性的结果。如果对于那些原本具有裁量余地的案件不做任何裁量一律提起公诉，则是一种检察机关失职的行为。日本在其长期的刑事司法实务中形成了“公诉权滥用论”的学说，根据该说提供的标准，那些应当适用起诉犹豫制度却直接起诉的案件，属于检察官对公诉权的滥用，应产生程序中止的效果。[②]我国刑事诉讼法尽管未做类似规定，但检察机关对于此种未能善尽职责的行为至少应承担道义责任。

---

① 相关文献可参见魏虹：《论我国检察机关公诉裁量权的多元化》，《法律科学（西北政法大学学报）》2010年第6期，第60—68页；陈光中、张建伟：《附条件不起诉：检察裁量权的新发展》，《人民检察》2006年第4期，第5—9页；康泰来、王海军：《起诉裁量权正当性研究》，《河北法学》2009年第7期，第179—189页。

② 参见田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，第236页。

三、起诉裁量权的程序空间

从前文关于起诉裁量权之含义与具体情形的分析不难看出，检察机关行使此种权力时所需考量的因素甚为繁杂。日本学者将常见的考量因素概括为三个方面：(1)与犯人有关的事项，如品行、性情、认识能力、生活经历、家庭环境、职业经历等；(2)与犯罪本身相关的事项，如法定刑轻重、被害的大小，犯罪行为的动机、方法、与被害人关系等；(3)犯罪以后的事项，如有无悔改表现，为弥补损害和道歉表现出来的诚意，是否达成和解，犯罪人的生活状况，有无身份保障等。[①]显然，这些因素已经远远超出了与定罪量刑有关事项的范围，这意味着起诉裁量权虽然具有节省审判资源的功能，但在审查起诉环节，却会极大地加重检察机关工作负担，因此，起诉裁量权作用的充分发挥，需要比提起公诉的案件有更为充分的程序空间。然而，根据我国刑事诉讼法的规定，除未成年人案件中的附条件不起诉之外，起诉与不起诉决定均应在法定的审查起诉期限内作出。然而，本法第172条规定的审查起诉期限一般为一个月，重大、复杂的案件可以延长十五日，考虑到重大、复杂案件往往不在可以酌定不起诉的案件之列，因此留给检察机关行使起诉裁量权的时间最长便是一个月，如此短暂的期间与起诉裁量所需完成的工作量显然是不成比例的。不难想见，检察官面临繁重的案件压力以及紧迫的时间要求，往往不得不放弃裁量而选择作出起诉决定。因此，对于我国刑事诉讼而言，要扩大检察官起诉裁量权的一个基本前提就是要为该权力的行使提供更多的程序空间。通过比较各国刑事诉讼相关制度并结合我国具体情况，笔者认为，除审查起诉阶段的酌定不起诉之外，还可以考虑从以下两个方面拓展起诉裁量权运作的空间。

(一)撤回公诉

检察官在法庭审理过程中撤回起诉是英美法系一种常见的现象。根据学界通说，在撤回起诉的问题上存在两种不同的制度安排，即“变更原则”与“不变更原则”。英美法采变更原则，允许控方在审判阶段撤回一个已经提起的公诉；欧陆职权主义诉讼则奉行不变更原则，即案件一旦起诉到法院，控方便不能再撤回公诉，诉讼的终止以法院判决作为标志。[②]英美之所以采取变更原则，是与其起诉便宜主义密切相关的，因为“起诉便宜主义的实质在于，确认检察官对于是否追究被追诉人刑事责任享有自由裁量的权利。如果在起诉阶段，发现案件具有不宜追诉的情形，或者虽在起诉以前已经存在上述情形，但至审判阶段才发现的，也应当赋予检察官斟酌作出撤回起诉的决定，否则，检察官在是否追究被追诉人刑事责任方面所享有的裁量权就很难说是充分的。”[③]可见，审判阶段的撤回公诉与审查起诉阶段的酌定不起诉均为起诉裁量权行使的具体方式。考虑到诸如和解、赔偿等对于起诉裁量权具有重要影响的因素可能发生在刑事诉讼的任何一个阶段，那么也就没有理由将起诉裁量权的行使仅仅限定在提起公诉之前，通过允许检察机关以撤诉的方式将其延伸到审判阶段，显然更能充分发挥该权力的价值。

我国刑事诉讼中也长期存在检察机关在法院宣告判决之前撤回公诉的做法，尽管刑事诉讼法未提供明确依据，但在最高法院和最高检察院的司法解释中均有相应规定。然而，仔细分析这些规定可以发现，撤回公诉在我国发挥的却并不是起诉裁量的功能。最高法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称“《高法解释》”)并未指明检察院在何种情况下可以撤诉，而仅仅是在第296条规定法院应审查检察院撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定。而《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称“《高检规则》”)第424条则明确列举了七种撤回起诉的理由，分别是：“(一)不存在犯罪事实的；(二)犯罪事实并非被告人所为的；(三)情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；(四)证据不足或证

① 参见松尾浩也：《日本刑事诉讼法》(上卷)，丁相顺译，北京：中国人民大学出版社，2005年，第179页。

② 陈光中：《刑事诉讼法》，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2005年，第35—36页。

③ 张小玲：《试论公诉撤回制度》，《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2006年第2期，第23页。

据发生变化，不符合起诉条件的；（五）被告人因未达到刑事责任年龄，不负刑事责任的；（六）法律、司法解释发生变化导致不应当追究被告人刑事责任的；（七）其他不应当追究被告人刑事责任的。”不难看出，上述七项全部属于原本就不应当起诉的情形，若在审查起诉阶段发现这些情形，则应分别作出法定不起诉或证据不足不起诉的决定，与起诉裁量权并无任何关系；而在法庭审判阶段，对于这七种情形的正确处理方式，亦应当是由法院依法作出无罪判决，或者依据《高法解释》第295条第一款第六、七两项之规定，[①]判决宣告被告人不负刑事责任，不存在任何需要裁量的问题。

可见，撤回公诉目前在我国刑事诉讼中发挥的是一种规避无罪判决的功能，这样的撤诉制度显然毫无正当性可言，甚至可以说它是我国刑事司法实务中的一种陋习。但是，这并不意味着一定要引入德国法上的不变更原则一概禁止撤回公诉，[②]更为明智的做法毋宁是因应起诉便宜主义的需要，将撤回公诉改造为一种检察机关在审判阶段继续行使起诉裁量权的方式。当审判阶段出现或发现某些与追诉之必要性相关的因素时，允许检察机关裁量决定是否申请撤回起诉，而法院对于此种撤诉申请依据前述《高法解释》第296条进行审查时，原则上仅做形式审查，即只需审查其是否属于刑事诉讼法第177条第二款酌定不起诉的案件范围，如果得出肯定的结论，则一般应当裁定准予撤诉，[③]至于《高检规则》第424条规定的七种撤诉理由则应当废止。

（二）提前介入侦查

根据我国刑事诉讼法规定，检察机关除了在侦查阶段负责逮捕的审批之外，只有在公安机关侦查终结并移送审查起诉之后才能介入案件的处理。因此，审查起诉被塑造成一个与侦查彼此隔绝的独立诉讼阶段，这一点是中国刑事诉讼法独有的特色。我国学界曾将侦查与起诉的关系模式概括为以德国为代表的“侦诉一体”（又称“检警一体”）与以美国为代表的“侦诉分立”（又称“检警分立”）两种模式，并认为我国与美国采用的是同样的模式。[④]然而这其实是一个误解，在德国侦诉一体模式下，检察官被法律确定为侦查的主导者，[⑤]而美国检察官的确无此权力，在这个意义上将美国模式称为侦诉分立或检警分立并无问题；但是美国的检警分立仅仅是职权的分立以及机构的分立，除此之外并不存在我国刑事诉讼所坚持的这种诉讼阶段上的分立。在美国普通刑事案件中，至少在警察将被逮捕的嫌疑人带至治安法官面前接受初次聆讯时，检察官便已介入案件的审查，[⑥]而这一时刻距离侦查开始可能仅仅过去了几个小时。因此，在西方两大法系国家，无论侦查与检察机关的关系如何定位，其检察官均在一个极早的阶段即介入案件侦查，对于他们而言，“起诉”二字的含义就是指侦查之后作出的一个决定，而不具有我国刑事诉讼中作为一个独立诉讼阶段的意义。

如果检察机关能够较充分地介入侦查，无疑将为起诉裁量权的行使争取到相当大的程序空间，因为这不仅意味着检察机关的裁量决定不需要在一个月的短暂时限内仓促作出，而且通过参与侦查，还可以推动当事人双方的和解与赔偿等，从而为行使裁量权提供更为丰富的素材。其实，检察机关提前

---

① 该款第六项规定：“被告人因未达到刑事责任年龄，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任。”第七项规定：“被告人是精神病人，在不能辨认或者不能控制自己行为时造成危害结果，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任；被告人符合强制医疗条件的，应当依照本解释第二十六章的规定进行审理并作出判决。”

② 德国《刑事诉讼法》第156条明确规定：“审判程序启动之后，不得撤回公诉。”参见《德国刑事诉讼法典》，岳礼玲、林静译，北京：中国检察出版社，2016年，第86页。

③ 参见孙远：《刑事诉讼法解释问题研究》，第70—71页。

④ 主要参考文献可参见陈卫东、郝银钟：《侦、检一体化模式研究——兼论我国刑事司法体制改革的必要性》，《法学研究》1999年第1期，第58页；陈兴良：《检警一体：诉讼结构的重塑与司法体制的改革》，《中国律师》1998年第11期，第52页；彭勃：《检察权的性质与“检警一体化”理论试析》，《当代法学》2002年第8期，第142—147页。

⑤ See Dr. Volker K., *German Criminal Procedure Law*, W.Kohlhammer Publishing Company, 2009, p.80.

⑥ See Lafave W.R., Isreal J.H., King N.J.et.al., *Criminal Procedure*, p.12.

介入侦查之必要性近年来已经得到国内学界的广泛关注，此种做法不仅有助于扩大起诉裁量权的行使空间，而且在推进审判中心主义改革、提升刑事追诉的有效性等方面无不具有重要意义。[①]在现有条件下，受限于刑事诉讼法对诉讼阶段划分的影响，可以考虑暂时通过公、检二机关协商并联合制定规范性文件的方式予以推进。

① 参见魏晓娜：《从“捕诉一体”到“侦诉一体”：中国侦查控制路径之转型》，《政治与法律》2021年第10期，第149页；孙远：《“分工负责、互相配合、互相制约”原则之教义学原理》，《中外法学》2017年第1期，第188页。

［责任编辑　李宏弢］

The Concept, Scope and Procedural Space of Discretionary Power of Prosecuting

SUN Yuan

Abstract: Discretionary power of prosecuting refers to the power of the procuratorial authorities to decide not to prosecute cases that have met the legal requirements for prosecution, after taking into account certain policies and interests, etc. The procuratorial authorities' judgement of evidence and interpretation of the law are not part of the scope of discretion. In the context of our system, the procuratorial authorities do not have the power to make a discretionary decision not to prosecute on the grounds that a particular rule of criminal law is unreasonable, and their discretion can in principle only be exercised within the limited scope of minor offences. Therefore, the expansion of the discretionary power of prosecuting of procuratorial authorities is not about expanding the range of cases in which this power can be exercised, but rather about enriching the methods of exercising discretionary power of prosecuting on the one hand, and providing a fuller procedural space for the operation of discretionary power of prosecuting by revamping the existing system of withdrawal of prosecution and promoting early intervention of the procuratorial authorities in investigations on the other.

Key Words: discretionary power of prosecuting, purposefulness, minor offences, procedural space