

# 检察机关撤回公诉的功能异化与矫正路径

朱贤齐

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年9月27日; 录用日期: 2023年10月28日; 发布日期: 2023年11月8日

## 摘要

刑事撤诉属于诉的变更范畴, 是立法者为了提高司法效率和保证司法公正而设定的特别程序环节。毋庸置疑, 刑事撤诉程序有其存在的法理基础, 赋予检察院于诉讼中撤诉的权力也是刑法的应有之义。但是由于立法的缺失, 仅存对于检察院刑事撤诉权的规定在两高的司法解释中, 检察院刑事撤诉权的正当权源因此受到质疑。同时, 撤回公诉与少捕慎诉慎押刑事司法政策联系紧密, 唯有填补这一漏洞方能倒逼少捕慎押之实现。检察院在何种情况下可以撤诉, 撤诉后的程序衔接问题, 需要从立法和制度层面进行完善。本文从刑事撤诉存在的法理正当性入手, 首先阐述刑事公诉的概念和界定, 将刑事撤回公诉的范围限定, 探究制度存在的法理基础和价值理念。其次从刑事撤回公诉的现行法律规定入手, 寻找制度立法上和司法上现存的问题, 再深挖造成问题的原因。为了衔接检察机关撤回公诉和少捕慎押刑事政策, 探究两者的平衡点, 完善相应的制度。

## 关键词

撤回公诉, 少捕慎诉, 监督制约

# Functional Alienation and Correction Paths for Withdrawing Public Prosecution of Prosecuting Authorities

Xianqi Zhu

Criminal Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 27<sup>th</sup>, 2023; accepted: Oct. 28<sup>th</sup>, 2023; published: Nov. 8<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Criminal withdrawal of prosecution belongs to the scope of change of prosecution, which is a spe-

cial procedure set up by legislators to improve judicial efficiency and ensure judicial fairness. There is no doubt that the criminal withdrawal procedure has its legal basis, and giving the procuratorate the power to withdraw the case during litigation is also the proper meaning of the Criminal Procedure Law. However, due to the lack of legislation, only the provisions on the procuratorate's right to withdraw criminal prosecution have been questioned in the judicial interpretations of the Supreme People's Court and the Supreme People's Court. This is not only a challenge to the unity of the national legal system, but also seriously violates the legitimate personal rights of defendants and criminal suspects. At the same time, the withdrawal of public prosecution is closely related to the criminal justice policy of less arrest and prudent prosecution and prudent detention, and only by filling this loophole can the closure of less arrest and prudent detention be realized. Under what circumstances the procuratorate can withdraw the lawsuit, and the issue of the connection of procedures after the withdrawal of the lawsuit have become a hot topic of discussion in academic and practical circles. Starting from the legal legitimacy of the existence of criminal withdrawal of prosecution, this paper first expounds the concept and definition of criminal public prosecution, limits the scope of criminal withdrawal of public prosecution, and explores the legal basis and value concept of the existence of the system. Secondly, starting from the existing legal provisions on the withdrawal of criminal prosecution, we will look for existing problems in system, legislation and justice, and then dig deeper into the causes of the problems. In order to bridge the gap between the procuratorial organs' policy of withdrawing public prosecutions and reducing arrests and cautiously suppressing criminal cases, explore the balance between the two and improve the corresponding systems.

## Keywords

Withdrawal Public Prosecution, Less Arrest and Cautious Prosecution, Supervision and Restraint

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 刑事撤回公诉及少捕慎诉慎押之厘清

### 1.1. 刑事撤回公诉概念及价值

#### 1) 刑事撤回公诉的概念

刑事诉讼从广义来讲是人民法院、人民检察院和公安机关等司法机关分工负责,相互配合,在认定案件事实的基础上,对犯罪嫌疑人、被告的刑事责任进行追究的诉讼活动。具体来讲,刑事诉讼是一种由法院代表国家对被告人的刑事责任问题做出的最终和权威裁判的活动,它以公诉机关或自诉人向法院提起控诉为前提,在控辩双方于法官三方的共同参与下,通过法庭上的听证和审理活动,由法院作出一项有关指控是否成立的裁决,裁决以诉讼中法官认定的案件事实和实体法的具体规则和原则为基础[1]。刑事撤回公诉属于公诉变更的范畴。公诉变更,包括公诉内容(被告人、指控事实和适用法律)的改变,公诉的追加,公诉的撤回以及再起诉的问题。而本文研究的问题刑事撤回公诉的概念,学界对此定义有所不同。有学者认为撤回公诉是指检察机关在提起公诉后,法院宣告判决前,提前终止诉讼的行为[2]。也有学者认为撤回公诉是指检察机关在提起公诉后,由于缺乏诉讼条件或者处罚条件,而向法院申请撤销公诉的行为。[3]这两种观点要么没有对撤回公诉的条件作出限制,要么没有对撤回公诉的时间作出规定。因此,刑事撤回公诉可以定义为人民检察院在向法院提起公诉后,因法定情形不应起诉或者可以不起诉,

而在人民法院宣告判决前，向人民法院请求撤回公诉，终止法院的审判活动的行为。

#### a) 控审分离与自由裁量权

我国宪法规定了人民法院为审判机关，人民检察院为法律监督机关，履行法律监督职能的同时，也是我国的追诉机关，承担着打击犯罪、保障人权的责任。控诉与审判职能的分离是人民法院和人民检察院职能区分的重要保障。在控审分离中，“控告原则”是大陆法系普遍采用的原则，是对法院权力实施的有效限制，以防控诉和审判职能都集中于法院，造成权力的滥用。与此相适应，法院审判的基础是检察机关依据案件事实和法律适用提起公诉，同样，检察机关撤回公诉的权力是检察机关有权提起公诉的必然要求，这是贯彻控审分离和厘清检察机关和法院职能划分的区别的要求。

检察机关作为追诉机关，享有公诉权，理应享有或起诉或不起诉，或提起公诉或撤回公诉的自由裁量权。毋庸置疑，有犯罪事实时，检察机关就有职责查清案件事实，向法院移送案卷材料起诉犯罪事实，但是对于立案、调查和补充调查过程中，检察机关的自由裁量权于法律上规定甚少，有学者认为刑事诉讼中，立案与撤案权不应当属于自由裁量的范围。<sup>[4]</sup>但是，“既然起诉前允许检察官斟酌犯罪情节和犯罪嫌疑人的情况作出不起诉的处分，那么起诉后检察官同样可以斟酌具体情形而撤回起诉”，检察机关享有的公诉权是代表国家起诉犯罪嫌疑人和被告人，打击违法犯罪，同时也有保障人权的职能，因此赋予检察官在立案和撤案中的自由裁量权是检察机关的职能要求和保障。

#### b) 公正与效率原则

公正是司法追求的最高目标，是司法的核心与灵魂。在刑事诉讼中，公正有着十分丰富的内涵，检察院拥有的双重属性，既是宪法规定的法律监督机关，对司法的全过程履行法律监督的职责，又是法定的追诉机关，代表国家起诉和追究犯罪嫌疑人和被告人的犯罪事实，使其承担相应的刑事责任。从总体上来讲是使每一个受审判的公民都应该受到公平和正义的审判，不放过任何罪行，也不让任何公民遭受无妄之灾。具体来说，检察院作为追诉机关，在打击犯罪，起诉犯罪嫌疑人时，要以事实为依据、法律为准绳的基础上，合法的向法院提起公诉，同时在发现犯罪事实存在疑义或者完全不属于犯罪嫌疑人所为时，也要能及时的使犯罪嫌疑人和被告人的权利和义务处于确定的状态，在法定情形下不应起诉就该撤回起诉，纠正错误，保障被告人的人身自由合法权益。效率同样是司法追求的目标，任何脱离效率的公正都是谎言，使犯罪嫌疑人和被告人处于权利和义务不确定状态，长期处于羁押状态，丧失人身自由权，还谈何公正？讲求效率不仅是对被告人人身权利的保障，也是平衡和节约司法资源的必要。特别是当下实践中各级检察院和法院案多人少的情况普遍存在，如何集中司法资源于重大疑难案件，以有限的司法资源取得最大的社会效益和经济效益，是需要长期思考的问题。因此，刑事诉讼追求的价值目标是公正于效率的结合，不可分开。这是学界也一致认同的观点，匈牙利学者阿尔培德·欧德说：“在我们当今的时代里，几乎所有行使司法程序改革都有两个基本目标：一是发现一种迅速、简便和成功程序的新方式和新途径，换言之，使刑事诉讼活动的进行更有效率；二是确保诉讼参与人的权利，这与公正的要求密切相联。”<sup>[5]</sup>

在刑事诉讼实务中，由于每个案件的复杂和程序的长期性、取证的困难和证据的保存及可能的灭失，办案人员的认识偏差和水平参差不齐的局限性，同时随着诉讼的阶段性的推进，公诉机关确有可能获得对案件新的认识，这些都可能使检察机关据以起诉的案件事实发生变化，犯罪事实不属实或者不是犯罪嫌疑人所为，进而不满足法定起诉的条件，犯罪嫌疑人是无辜的，不应承担刑事责任。在这种情形下，赋予检察机关在起诉后的刑事撤回公诉权是十分有必要的。因为犯罪嫌疑人或者被告人不应承担刑事责任而被长期羁押限制人身自由，严重损害了被告人的合法权益，不符合《宪法》规定的保障人权精神。同时，检察机关有权进行及时纠错，节省优质司法资源，提高办案效率也是撤回公诉的价值所在。当一个案件属于不应当起诉的情形时，就应当及时撤回公诉，不必等到法院宣判再使案件终结，节省程序的

时间，让检察院有更多的时间和精力分配到别的案件。

### c) 起诉裁量主义的适用和起诉法定主义的结合

起诉裁量主义是英美国家在刑事诉讼过程适用的原则，是指公诉机关根据法律的授权，基于惩罚犯罪和权衡各方利益的理念，可以对属于其审查起诉的公诉案件，作出起诉或者对正在诉讼过程中的案件作出撤诉的决定。因此，撤回公诉也属于起诉裁量主义的范畴，是以检察官有充分的自由裁量权为基础而行使的权力。“起诉后如果断定具有不起诉事由时，可以撤销公诉，这种做法符合起诉裁量主义”<sup>[1]</sup>而起诉裁量主义是当事人主义诉讼模式下控辩双方拥有极大诉讼自主权前提下产生的原则，辩护方的活动空间大大扩展，侦查和审判结果处于不确定状态，通过检察院的证据调查活动而产生的新证据将对案件起诉的基础造成极大冲击，进而动摇起诉的根基，而职权主义强调国家侦查起诉和审判权的发挥，辩护方没有更大的操作余地，而且通过案卷移送等制度，侦查与审判之间衔接紧密，相对而言，诉讼结果的稳定性和可预见性较大。<sup>[6]</sup>而在我国新刑事诉讼法施行后，我们可以清晰地看到司法改革的走向，尤其是目前我国的诉讼结构是具有中国自主特色的“控辩式”，以法定起诉为主兼顾自诉，以起诉法定主义为主，又吸收起诉裁量主义的精神，规定了酌定不起诉和证据不足不起诉几种不起诉的情形，那么刑事撤回公诉权的赋予也是符合我国刑事诉讼结构和精神的。

## 1.2. 少捕慎诉慎押的内涵及价值

### 1) 少捕慎诉慎押的内涵

少捕慎诉慎押是在刑事诉讼中贯彻宽严相济刑事政策的一项具体刑事司法政策，是在刑事犯罪生态发生转变的必要理念。从刑事诉讼阶段来看，我们要理解“慎诉”的概念和内涵，绝不能将慎诉与少捕和慎押割裂。少捕，是指对绝大多数的轻罪案件体现当宽则宽，慎重羁押，加强对逮捕社会危险性的审查，依法能不捕的不捕，尽可能适用非羁押强制措施，尽可能减少犯罪嫌疑人羁押候审；慎诉，是指依法行使起诉裁量权，对符合法定条件的充分适用相对不起诉，发挥审查起诉的审前把关、分流作用；慎押，是指加强对羁押必要性的审查，及时变更、撤销不必要的羁押。少捕是对公安机关侦查过程中，移送审查起诉前的要求；而慎押是检察院贯彻羁押必要性审查的内在要求，也是审查起诉前的必经阶段。强制措施的合法和必要适用是为了保障刑事诉讼的正常运行，慎诉是在少捕和慎押的基础上更为重要且决定性的阶段。

### 2) 少捕慎诉慎押的价值

刑事诉讼中检察机关作为公诉机关，代表国家行使刑事追诉权，追求公平正义的同时，同样注重人权保障和司法效率。慎诉是在严格法定起诉标准的情形下，对被告人符合相对不起诉、存疑不起诉、附条件不起诉以及特别不起诉的情形下，慎重行使对刑事诉讼被告人追诉权的表现，充分体现了检察机关行使职权，秉持公平正义的理念；同时，慎诉也是对被告人人权的重要保障，使被告人免于不必要的刑事诉讼，尽快结束不确定的权利状态，保障其合法权益，使其尽快恢复到社会生活中，尽可能减少刑事诉讼对其不利影响，如果被告人被采取羁押性强制措施，慎诉更能够减少其羁押时间，保障合法权益。<sup>[7]</sup>最后，在我国当下轻罪案件占大部分比例的犯罪生态下，慎诉能够在符合法律规定的情形下，极大的起到案件分流作用，加快部分轻罪案件刑事诉讼的进程，使得某些案件不需要到法院审判阶段就结束进程，既能够减少检察机关的工作量，也能够减少法院的工作量，提高司法效率，缓解案多人少的困境。

## 2. 刑事撤回公诉的现行法律规定及存在的问题

### 2.1. 刑事撤回公诉的现行法律规定

在我国 1979 年的《刑事诉讼法》第 108 条中曾对检察院刑事撤回公诉作出明确的规定，这是从法律

层面肯定了检察院的撤回公诉权，也赋予了检察院撤回公诉权的正当权源。但是到 1996 年修改后的《刑事诉讼法》中，将规定检察院撤回公诉权这一条删掉了，使得撤回公诉权失去正当权源，并受到质疑。不仅如此，删去该法条还给本应属于检察院公诉权和公诉变更裁量权失去法条指导，实践中却有检察院撤回公诉的实际需要，那么具体操作就没有了规定和章程，各地检察院做法不一，十分混乱。在这种背景下，最高人民法院于 1998 年颁布了《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》，其中第 177 条就规定，法院对检察机关撤回公诉的案件进行审查，并以裁定的形式宣布是否准许撤诉。同时在 1999 年最高人民检察院颁布实施的《人民检察院刑事诉讼规则》第 351 条也有类似的规定，“在人民法院宣告判决前，人民检察院……发现不存在犯罪事实，犯罪事实并非被告人所为，或者不应当追究被告人刑事责任的，可以要求撤回起诉。”解释的第 353 条规定，撤回起诉的决定权由检察长或者检委会掌握，同时规定了撤回起诉后一般不得再次起诉，除非出现新事实或者新证据。这是最高人民法院和最高人民检察院为了适用实践中的需要，从而在法律没有明确规定，从而以司法解释的形式规定检察院的刑事撤回公诉权。

## 2.2. 刑事撤回公诉存在的问题

### 1) 刑事撤回公诉立法中的问题

正是由于立法的缺失，检察院的刑事撤回公诉权明显缺乏法律依据，而最高人民法院和最高人民检察院作出的司法解释却是在没有法律规定的情况下作出的看似司法解释实则立法的规则。这也在学界造成了争论不休的话题：在没有明确的法律规定下，检察院是否拥有撤回公诉的权力。有学者反对，我国目前的检察体制不应赋予检察机关撤诉权[8]。《刑事诉讼法》没有明确赋予的职权，司法机关不得行使，司法机关也不得违背刑事诉讼法所明确设定的程序规则而任意决定诉讼的进程[9]还有学者认为既然《刑事诉讼法》没有就撤回起诉作出明确具体的规定，表明立法机关没有赋予检察机关这一权力[10]；当然也有持肯定态度的学者，在现代刑事司法中，绝大多数国家确立了刑事撤诉制度的，刑事诉讼法赋予检察机关撤诉权具有正当性、合理性[11]。他们认为撤诉权是公诉权不可缺少的一个方面，公诉、撤回公诉一直是诉权中相对应的内容，有公诉权当然应当拥有撤回公诉权[12]；

笔者认为，虽然撤回公诉权在法律中没有明确规定，但是赋予检察机关撤回公诉权既是检察机关享有公诉起诉自由裁量权的要求，也是检察机关承担的发现真实，打击犯罪、惩罚犯罪和保障人权相结合的职责，这在学理上是学者普遍赞同检察机关所拥有的权力，也是实践中的迫切要求。而最高人民法院和最高人民检察院也就检察机关刑事撤回公诉的情形和适用作出了相应规定，这也从侧面说明了撤回公诉制度存在的必要性和合理性。

### 2) 刑事撤回公诉司法中的问题

正是由于立法规定的缺失，而实践中无论是为了保证司法公正，提高效率和节约司法资源，还是保障被告人的合法权益，使被告人结束被羁押和面临审判的不利状态，都需要赋予检察机关撤回公诉权。同时由于两高也出台了相关司法解释规范撤回公诉的做法，但司法解释终究不能替代法律，实践中的案件往往复杂多变，情况多种多样，证据的获取和保存也是一大难题，甚至可能出现证据灭失的情况，使案件关键的定罪事实不能确立。

刑事诉讼作为一个动态的过程，在立案、取证、审查起诉和审判的过程中发生新事实、新证据，足以推翻之前认定的事实，案件成为不应起诉的案件，这些情况使得实践中各地的检察院做法不一，首先是混淆中止审理和终止审理的情形，在检察机关公诉事实和证据不足以支撑对被告的定罪量刑时，检察院往往通过要求法院中止审理的形式另辟蹊径撤回公诉，以避免考核上的错案认定；其次，长期以来，不少公安机关、司法机关工作人员对强制措施的功能定位存在认识误区，将逮捕、羁押措施异化为办案

手段, 过度适用逮捕措施, 长期羁押被追诉人, “以捕代侦” “构罪即捕” “有罪必诉” “一押到底” 的情形常有发生。司法实践中倍速追认审前是否被羁押于被追诉人的定罪量刑之间有紧密联系、逮捕、羁押环节在很大程度上决定了被追诉人的命运[13]这种“逮捕中心主义”的做法完全偏离了强制措施诉讼保障的基本功能定位[14]。而在检察机关行使撤回公诉权的过程中, 一方面, 检察机关撤回起诉后为了实现对被告人定罪量刑的打击犯罪的目标, 多次重复起诉, 使得被告人“一押到底”长期处于羁押状态, 甚至出现了被告人在审查起诉阶段被羁押数十年的案例, 逮捕羁押强制措施异化为实刑刑罚, 严重悖离了强制措施的诉讼保障基本功能定位; 另一方面, “有罪即诉”的实践指向往往难以保障公诉的质量, 撤回公诉便成为了检察机关规避公诉风险的重要途径, 这既导致了公诉质量的参差不齐, 不利于检察机关公诉职能的履行, 又损害了被告人的基本权利, 使其长期处于刑事诉讼和刑罚的不确定风险中。最后, 个别地区检察院由于司法理念的偏差, 为了减少错案率和所谓的检察院名声, 在发现错误起诉后, 试图以撤回起诉代替法院的无罪判决, 使得被告人不仅是人身自由受到损害, 名誉权也受到影响。[15]

### 3. 刑事撤回公诉制度在我国的完善

人民检察院对提起公诉的案件, 在证据不足的情况下能否撤回公诉, 我国现行《刑事诉讼法》没有规定。在现行《刑事诉讼法》对撤回公诉制度没有明确规定的情况下, 而仅仅依靠最高人民法院出台的相关司法解释和最高人民检察院的《人民检察院刑事诉讼规则》而对撤回公诉制度进行规制, 难免缺乏正当的法律渊源, 也使得司法解释遭受争议, 在没有法律依据的情形下对撤回公诉的具体做法作出规定, 背上“法院违法”、“检察院自我赋权”的不好称号。

无论是学理上的控、审分离, 检察院既然享有提起公诉的权力, 就应当享有变更、追加、撤回起诉的权力, 还是实践中普遍的需要, 都应当从立法上对其进行规制。在我国 1979 年的《刑事诉讼法》中对撤回公诉制度有明确的规定, 而到了之后的 1996 年《刑事诉讼法》删去了有关撤回公诉的规定。在少捕慎诉慎押的刑事政策背景下, 有必要依据程序法定原则, 尽快完善相关的法律规定, 对撤回公诉制度的时间、理由还有决定权都需要作出规制, 尤其是撤回公诉制度后该如何进行后续程序的衔接, 以及如何保障被告人的合法权益和人身自由, 都是需要立法进行完善的规定, 以倒逼少捕慎诉慎押的实现。公诉权作为检察院天然享有的权力, 有权必有责, 有权就应当有监督。但是检察院又是我国法律监督机关, 只有检察院监督别的司法机关的权力, 而没有机关能够对其公诉权予以监督, 这就需要从权力的架构上进行法律规制。以下在程序完善的部分将进行从上述几个方面如何完善撤回公诉制度进行详细的论述。

#### 3.1. 刑事撤回公诉的时间限制

首先是在时间上的限制。我国现有的司法解释和检察院刑事诉讼规则将撤回公诉的时间限定在判决宣告前, 但是从检察院提起公诉到最终的判决宣告前都属于判决宣告前, 其中还包括了法庭辩论、法庭调查和评议阶段, 才到最后的宣判。我们逐一分析, 会发现应当将时间限定在距离起诉较近的时间点: 法庭质证结束前, 而在这之后的时间节点, 控方和辩护方已经就证据达成一致意见, 质证完毕, 对于证据认定的事实也基本没有疑义, 法官已经就案件现有认定的事实形成了自由心证, 各方都花费了巨大精力和时间, 此时允许检察院撤回公诉, 无疑不符合诉讼的经济和效率原则; 其次本已形成自由心证的法官已经可以按照现有认定的事实和证据作出判决, 法院应当履行职权对被告人的是否承担刑事责任、承担怎样的刑事责任作出终局处理, 允许检察院撤诉无疑是对法院审判权的侵犯, 不利于法院行使对案件的最终裁判权。最后, 由于撤回起诉后还需一段长时间的程序处理才能对被告人作出一个终局处理, 这毋庸置疑会使被告人的羁押和不利时间延长, 如果不允许检察院撤诉, 法院根据现有的证据和事实, 对本不应起诉的案件判决被告人无罪, 并当庭释放当事人, 以期最好的保护被告人的利益。

### 3.2. 刑事撤回公诉的条件限制

其次是对可以撤回公诉的事由进行法律规制, 将其限制在本不应当起诉或不必要起诉的范围内。而将不应当起诉和有必要起诉的情形再细分, 主要包括以下几种: 1) 不存在犯罪事实。要认定一个人有罪, 必然需要存在犯罪事实, 这也是检察院代表国家打击犯罪, 对犯罪事实和罪行进行惩罚从而向法院提起公诉的基础。如果根本不存在犯罪事实, 那检察院的公诉权将无从行使, 如同无源之水, 失去了存在的根基。这时候若对被告人提起公诉后还要经审判才能确定无罪, 实在荒谬。2) 犯罪事实非被告人所为。如前所述, 一个人有罪的前提不仅是存在犯罪事实, 还需要犯罪事实为被告人所为, 进而被告应当对其所实施的犯罪行为承担相应的刑事责任。若存在犯罪事实, 但却非被告人所为, 那证据链条根本不能指向被告, 被告人是无辜的, 就应当尽快结束强加其身的不良状态甚至是牢狱羁押之灾, 属于本就不应当起诉的类型, 若在法庭证据交换前发现, 就应当及时撤回公诉, 还被告清白。3) 法定不起诉的情形。我国《刑事诉讼法》第 15 条规定了法定不起诉的五种情形, 既然法律明确规定这五种情形属于不应当起诉的情形, 那错误的提起了公诉就应当及时撤回公诉, 这是符合法律逻辑的做法。4) 证据不足不起诉。我国虽然还未确定“无罪推定”的原则, 但“疑罪从无”原则是法律明确规定的刑事诉讼的原则, 对于现有证据和事实不能认定被告人需要承担刑事责任时, 就应当严格按照证明标准认定证据不足, 作出撤诉的决定, 保障被告人的利益。5) 酌情不起诉的情形, 即对于被告人, 虽然现有证据证明被告人确实实施了犯罪行为, 但是犯罪情节显著轻微, 依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚。这是实体法《刑法》对于一些轻微刑事案件的规定, 既体现了刑法惩罚与教育相结合的原则, 也体现了刑事诉讼法的经济与效率原则。在刑事诉讼中, 若发现被告人实施的犯罪行为属于酌情不起诉的情形, 检察官根据被告人的认罪态度和犯罪情节的轻重, 可以作出撤回起诉的决定。少捕慎诉慎押中的慎诉要求在严格把握起诉条件、防止错误起诉的基础上, 检察机关应当充分行使起诉裁量权, 重视公共利益的考量, 强化起诉必要性审查, 追求起诉的合理性, 实现起诉的合目的性[16]。检察机关刑事起诉裁量权所针对的并不是公诉的事实条件和法律条件成立与否, 而是在确信这两个条件已经成立的情况下, 考量追诉的合目的性问题。[17] 检察机关撤回公诉同样是起诉裁量权的构成, “构罪即诉”观念下的公诉导向体现了起诉裁量权的滥用, 完善撤回公诉的裁量权同样也是慎诉的必然要求。因此, 要从合法性和合理性两个角度判断以提高公诉的质效, 实现慎诉的要求。首先要判断案件是否满足起诉的条件, 这是合法性判断的根本标准。实践中很多案件在事实和证据尚不足以证明定罪量刑的情形下即起诉, 不仅损害了检察机关公诉的职能履行, 还导致了撤回起诉权的滥用以规避败诉风险。慎诉中的起诉合法性标准要求检察机关严格把握公诉的法律条件和证据标准, 对不符合公诉条件的案件不应当进入审判环节, 而应当作出法定不起诉等终结诉讼的处理。其次, 起诉合理性判断要求对案件是否具有起诉必要性进行判断。对于符合法定起诉条件的案件, 检察机关不能给予报应刑思想构罪即诉, 这也会导致在将来出现撤回起诉的风险。检察机关应当综合考量社会公共利益及诉讼权利主体利益, 充分且适当行使起诉裁量权, 在法律允许的范围内, 权衡做出适当的处理。[18]

### 3.3. 刑事撤回公诉的决定权限制

再次是对撤回公诉决定权的限制。如前文所述, 检察院具有双重身份, 既是法定的追诉机关, 也是法律监督机关, 若任由检察院肆意行使撤回公诉权, 以此减少错案率, 与慎诉理念的悖离。这不仅会侵犯法院的审判权, 导致控审结构的失调, 更会致被告于长期的不良状态中, 严重侵害被告的人身权益。因此, 需要对公诉决定权进行限制, 也即对检察院申请的撤回公诉进行司法审查, 符合法律规定的时间和情形时, 才予以撤诉, 否则就应当继续审理, 作出审判。由于我国目前缺乏对撤回公诉制度的法律规

定, 司法解释对于撤回公诉的决定权作出了规定, 对于检察院的撤诉申请, 法院审查其撤诉理由, 并最终裁定是否准许其撤诉。但是在检察院的刑事诉讼规则中对撤回公诉的决定权和审查却没有规定。显然, 立法需要平衡两个规则的冲突, 对检察院撤回起诉的决定权和审查权进行规定。对撤回起诉的理由不应当仅仅限定在是否符合不应当起诉和不必起诉的情形, 还要衡量撤回起诉是否与被告人利益相符, 若继续审判更有利于被告人, 就不应当准许检察院撤回起诉的申请, 应当继续审理作出裁判。

### 3.4. 明确刑事撤回公诉后的效力及程序衔接

最后是撤回起诉后的程序衔接。解释和规则只对撤回起诉的时间、情形和决定权作出了相应的规定, 但是撤回起诉后程序如何衔接, 被告如何就撤回公诉进行救济, 这导致了实践中混乱的做法, 都没有明确的规定, 严重侵害被告人的人身自由权利。更有案例显示有被告人在刑事程序中被撤回起诉后又多次重复起诉, 一直处于羁押状态数十年, 丧失了人身自由和救济权利。因此, 对于撤回起诉的程序衔接需要作出明确规定。首先, 将法院准许检察机关撤回起诉的案件, 最终由检察机关作出不起诉决定书的方式终结诉讼, 即将撤回起诉案件的法律效力定位在应当作出不起诉决定书的形式, 最终产生与不起诉相同的效力。<sup>[19]</sup>其次, 少捕慎诉慎押中的慎押要求对羁押逮捕强制措施的审慎适用, 让强制措施回归诉讼保障功能。如前所述, 既然检察机关作出了不起诉决定书, 就不能再继续羁押被告。因此撤回公诉后, 若被告处于羁押状态的, 应当立即解除对被告的强制措施, 恢复当事人的人身自由, 并交予相应的机关执行, 防止逮捕羁押异化为刑罚。<sup>[20]</sup>最后, 要严格限制甚至禁止撤诉后的再次起诉。尽管最高检的《规则》中明确了对于撤诉的案件, 没有新的事实、证据, 检察机关不得再行提起诉讼, 换句话说, 只有存在新的事实和证据, 检察机关才能重新起诉。但新的事实或新的证据在实践中的认识不统一, 为了维护检察机关撤回起诉的确定力, 可以借鉴日本《刑事诉讼法》第 340 条规定的撤回起诉后, 只有发现与犯罪事实有关的新的证据时才能再次起诉。在这个条款中, 首先明确对于新的重要事实和证据是明确指向足以对案件中被告人定罪有影响的新事实或经过补充侦查重新发现对定罪有影响的证据。其次, 为了防止“构罪即诉”的情形出现, 慎诉还要求限制重新起诉的次数, 结合禁止双重危险原则将其限制在一次的范围之内, 禁止反复多次的重新起诉。

## 4. 结语

撤回公诉权可谓是检察院最基本的权力之一, 但却因为现行法律规定的缺失而使得不管是司法解释的规定混乱, 还是实践中的做法不一, 都造成了制度的功效没能发挥。少捕慎诉慎押刑事政策是在人权保障和犯罪结构变化下的实践新指向, 要求完善刑事撤回公诉制度以实现两者的衔接。从撤回公诉的时间和条件限制, 实现检察机关慎诉的理论供给, 从撤回公诉的效力和程序衔接, 让逮捕羁押回归诉讼保障的地位。

## 参考文献

- [1] 陈瑞华. 刑事审判原理论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2003.
- [2] 贺润明. 公诉案件撤回的合理性和立法完善[J]. 人民检察, 2004(9): 68.
- [3] 常艳. 试论公诉案件的撤回起诉[J]. 人民检察, 1999(4): 26.
- [4] 龙宗智. 检察官自由裁量权提纲[J]. 人民检察, 2005(8): 65.
- [5] 高景德, 王祥珩. 交流电机的多回路理论[J]. 清华大学学报, 1987, 27(1): 1-8.
- [6] [日]田口守一. 刑事诉讼法[M]. 刘迪, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 104.
- [7] 龙宗智. 刑事审判原论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 326.



- 
- [8] 潘金贵, 唐昕弛. 少捕慎诉慎押刑事司法政策研究[J]. 西南政法大学学报, 2022, 24(1): 38-48.
- [9] 刘建平. 公诉机关行使撤诉权的危害性[J]. 法制日报, 2004(5): 13.
- [10] 谢佑平, 万毅. 刑事诉讼法原则: 程序正义的基石[M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [11] 王友明, 杨新京. 公诉案件撤回起诉质疑[J]. 国家检察官学院学报, 2003, 11(3): 49-53, 104.
- [12] 张兆松. 重构我国刑事公诉撤回制度的思考[J]. 宁波大学学报(人文科学版), 2007, 20(6): 101-107.
- [13] 王唐飞, 蒋义红. 刑事撤回公诉辨析[J]. 中国刑事法杂志, 2010(7): 67-72.
- [14] 王彪. 刑事诉讼中的“逮捕中心主义”现象评析[J]. 中国刑事法杂志, 2014(2): 72-83.
- [15] 陈学权. 以“撤回公诉代替无罪判决”的忧与思[J]. 中国刑事法杂志, 2010(1): 81-85.
- [16] 卞建林. 慎诉的理论展开与制度完善[J]. 法学, 2022(10): 128.
- [17] 孙远. 起诉裁量权的概念、范围与程序空间[J]. 求是学刊, 2022, 49(1): 94-103.
- [18] 卞建林, 李晶. 宽严相济刑事政策下的攻速制度改革若干问题[J]. 人民检察, 2009(11): 11.
- [19] 魏虹. 赋权与规制: 我国检察机关撤回起诉制度之构建[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2011, 29(6): 163-172.
- [20] 董坤. 少捕慎诉慎押的生成逻辑、内涵诠释与路径展望[J]. 国家检察官学院学报, 2023, 31(2): 89-107.