

比较法视野下程序出罪的功能与结构

吴 桐

内容提要:作为轻罪治理的重要组成部分,以检察机关裁量不起诉为代表的程序出罪制度在实体治罪之外延伸出通过程序治理犯罪的新模式。在比较法视野下,程序出罪具有提升诉讼效率、促进司法协商、推动犯罪治理转型三种功能。不同功能主导的程序出罪在适用范围、规范结构以及出罪效力上均呈现出差异化特征,形成了一套层次分明的程序出罪体系。我国当前以酌定不起诉为代表的程序出罪制度混同了诉讼效率、司法协商、犯罪治理等多种价值,制度结构欠缺层次性。对此,应明确不同不起诉制度的核心功能,并依此建构相应的制度规范体系,以功能结构主义塑造我国的层次性程序出罪体系。

关键词:程序出罪 轻罪治理 层次性出罪

吴桐,中央民族大学法学院讲师。

一 问题的提出

近年来,随着犯罪化进程加快,刑事诉讼分流治理职能的重要性日益凸显。以裁量不起诉制度为代表的程序出罪在实体治罪之外延伸出“通过程序治理犯罪”的新模式。尤其是在轻罪治理问题上,“严而不厉”的刑事立法意旨使实体出罪无法直接实现轻罪治理目标,程序出罪因其灵活性、目的性等特点成为轻罪治理体系的重要组成部分。^[1]“出罪思维的根基在于刑法的罪刑法定原则和刑事诉讼法的无罪推定原则。”^[2]定罪权专属于人民法院的原则虽然并不排斥检察机关行使程序出罪权,然而,在传统刑事诉讼的价值目标下,由中立的裁判机关审理案件、通过公开判决宣告被告人有罪或无罪应是刑事司法的最佳状态。“长期以来,无论在法律上还是公众意识上都存在着一种共同的观念,即审判

[1] 参见王迎龙:《通过程序的犯罪控制》,《政法论坛》2023年第6期,第153页。

[2] 刘艳红:《刑事一体化视野下少捕慎诉慎押实质出罪机制研究》,《中国刑事法杂志》2023年第1期,第42页。

是保障刑事定罪公正性最为关键的保障机制。”^{〔3〕}传统的“审判定罪”理念是程序出罪理论面临的核心争议。

该观念主要由三根支柱支撑:第一,审判是刑事诉讼的核心,罪与非罪应通过审判程序来公开审理认定;第二,对有罪之人作有罪宣告是解决刑事责任和刑事纠纷的前提,定罪权专属于审判机关;第三,定罪处刑是解决刑事责任问题的核心方式,只有实体治罪才能实现犯罪治理。但从当前刑事诉讼发展趋势来看,上述三根支柱均有所动摇,具体表现为:第一,案多人少的诉讼压力使刑事审判不再是第一选择,审判程序无法逐一解决所有以犯罪形式展现的矛盾冲突。“现代刑事司法制度越来越强调轻其所轻,重其所重,各国概莫能外,这直接导致检察官起诉裁量权终结和分流案件的功能愈发突出,并且仍将强化。”^{〔4〕}第二,司法协商理念的出现使“协商认罪”在部分案件中取代了“审判定罪”,犯罪认定和案件处理也无需全部依靠刑事审判解决。2017 年公正审判国际组织在“消失的审判”报告中指出,放弃审判(Trial Waiver)在各国刑事诉讼中逐渐由例外变成为常态。^{〔5〕}现代刑事司法制度的重要特征,即为检察官通过协商来处理刑事案件。^{〔6〕}第三,犯罪治理理念的多元化转型打破了实体治罪与犯罪治理之间的唯一对应关系,刑事程序的犯罪治理功能日益凸显。检察机关借由恢复性司法等理念形成了由其主导的犯罪转处治理机制。^{〔7〕}以上共同构成了程序出罪理论兴起的背景要素。

通过裁量不起诉等制度实现程序出罪正在成为当前刑事案件处理的新趋势。导致上述现象的原因是多元的,既有案多人少的社会背景,也有协商性司法理念的冲击,还牵涉犯罪治理、刑罚理念转型等问题。可以发现,程序出罪与传统刑事诉讼之间存在着明显的理念错位。程序出罪实践必要性无法直接作为理论正当性的核心论据,也就有必要在理论层面对其正当性予以论证。本文认为,程序出罪在刑事司法中具有何种功能是正当性论证的关键。一方面,程序出罪的预设功能可以为该做法提供理论正当性,功能论能够解释为何当前刑事司法活动需要程序出罪。另一方面,功能既是描述性概念,也有与之对应的价值立场,不同价值立场之间的冲突与协调则形成了程序出罪的制度边界。

当前我国程序出罪面临着“如何改革”的体系性难题,无论是增设诸如合规不起诉、认罪认罚不起诉等程序出罪措施,还是激活传统酌定不起诉、附条件不起诉的出罪效果均面临着如何认识程序出罪的理论难题。存在各种不起诉之间边界模糊、交叉、不合理等问题,也使不起诉的出罪效能发挥受到影响。^{〔8〕}基于此,本文将从比较法角度来分析程序

〔3〕 熊秋红:《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》,《比较法研究》2019 年第 5 期,第 82 页。

〔4〕 郭烁:《酌定不起诉制度的再考查》,《中国法学》2018 年第 3 期,第 243 页。

〔5〕 See Fair Trials, *The Disappearing Trial: Towards a Rights-based Approach to Trial Waiver Systems*, Fair Trials Publication (28 January 2022), <https://www.fairtrials.org/articles/publications/the-disappearing-trial/>, 最近访问时间 [2024-02-21]。

〔6〕 See Susan R. Klein, Aleza S. Remis & Donna Lee Elm, *Waiving the Criminal Justice System: An Empirical and Constitutional Analysis*, 52 *American Criminal Law Review* 73, 74 (2015).

〔7〕 See Ronald F. Wright & Kay L. Levine, *Models of Prosecutor-led Diversion Programs in the United States and Beyond*, 4 *Annual Review of Criminology* 331, 334 (2021).

〔8〕 参见杨帆:《不起诉种类的边界厘定及体系重塑研究》,《东方法学》2022 年第 6 期,第 137 页。

出罪的功能与结构。之所以选择“功能—结构”作为比较分析的框架,是因为某一项法律制度应具有什么功能决定了其规范结构,相反某一规范结构也可能限制法律制度的功能实现。^[9]以功能结构主义总结程序出罪的域外发展动因及其对应的制度结构,对于进一步明确我国程序出罪的功能,构建层次化、体系性的制度结构具有积极意义。

二 程序出罪的效率提升功能与简易化制度结构

从刑事诉讼发展历程来看,每一项刑事诉讼制度的变革背后都有着基于效率价值的考量,成本收益的分析方法可以参与任何一项刑事诉讼理论争鸣之中。程序出罪在创设之初就是以缓和“被追诉人利益”和“诉讼负担”的矛盾冲突为目标。正因如此,检察官也被称为刑事司法系统的“守门人”。在审查起诉阶段,“检察官依职权受案、移送、不诉、撤诉、起诉,几乎以一己之力把守通往法院之门。”^[10]这种功能的出现有特定的社会背景,功能的实现则依赖与之相对应的制度结构。

(一) 程序出罪作为提升效率机制的必要性

程序出罪的效率功能得到重视主要是两方面原因:第一,过于快速的犯罪化进程导致刑事司法程序需要处理案件的总量增加;第二,正当程序原则的强化使刑事诉讼程序尤其是审判程序日益复杂,单一案件消耗的司法资源也在逐步增大。

1. 刑法入罪范围扩张增加了刑事诉讼程序的负担

在美国刑事司法中,犯罪率的提升加速了实体刑法的扩张。在庞德“通过法律的社会控制”理念影响下,刑事立法的社会控制作用被放大,越来越多的行为被犯罪化。“美国联邦和州刑事司法制度的最显著特征是:实体刑法的巨大扩张和刑罚使用的急剧增加。”^[11]每年大约有 1300 多万起轻罪案件,占有所有刑事案件的四分之三以上。^[12]这种犯罪扩张趋势造成的最大问题是,刑事诉讼需要处理的案件数量呈几何倍数增加,而陪审团审判又复杂且旷日持久。美国学者科勒-豪斯曼(Issa Kohler-Hausmann)指出,实体刑法扩张导致的大规模监禁已经成为政府和学界关注的重点问题,轻罪时代的到来动摇了以裁判模式为代表的传统刑事诉讼程序,形成了以“管理犯罪”为目标的轻罪诉讼模式。^[13]虽然“一个案件的定罪代表着司法部门的研究结论,即被告人所涉嫌的行为确应受到谴责及惩罚,其意义可谓举足轻重”,^[14]但若刑事诉讼程序无法应对犯罪化带来的案件负担,如何尽可能地解决案件积压问题则至关重要。在管理模式下,检察机关的行政化组织结构以及公诉权的裁量性均能够得到更为充分的发挥空间。程序出罪在节约诉讼成本、

[9] 参见傅郁林:《追求价值、功能与技术逻辑自洽的比较民事诉讼法学》,《法学研究》2012年第5期,第38页。

[10] [美]琼·E.雅各比、爱德华·G.拉特利奇著:《检察官的权力——刑事司法系统的守门人》,张英姿、何湘萍译,法律出版社2020年版,第34页。

[11] [美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第1页。

[12] See Sandra G. Mayson & Megan T. Stevenson, *Misdemeanors by the Numbers*, 61 *Boston College Law Review* 971, 975 (2020).

[13] See Issa Kohler-Hausmann, *Managerial Justice and Mass Misdemeanors*, 66 *Stanford Law Review* 611, 614 (2014).

[14] [美]亚历山德拉·纳塔波夫著:《无罪之罚:美国司法的不公正》,郭航译,上海人民出版社2020年版,第6页。

提高诉讼效率方面的优势也就得以显现。

为了回应与日俱增的犯罪率,德国刑事立法同样采取了积极主义立场,德国立法者不断扩张处罚范围、降低入罪标准、加大处罚力度,从而确立了刑罚积极主义的姿态。^[15] 德国检察机关开始面临着案件大量增加和人员编制长期固定不变的困难,这种情况对检察机关的精密化办案模式造成了严重制约。立法机关迫切需要重新调整起诉法定主义。犯罪控制从法律裁判转向效率与预防,裁量不起诉的规范性基础得以引入。^[16] 为了保障检察官把精力集中在严重犯罪案件上,德国立法机关修订了《德国刑事诉讼法》第 153 条,允许检察官对罪行轻微且起诉不涉及公共利益案件终止诉讼。从德国检察机关起诉权由法定向裁量的发展趋势来看,诉讼效率显然对于起诉便宜主义在轻微犯罪中的盛行具有推动意义。

2. 正当程序改革增加了刑事审判的实践负担

无论是职业法官审判还是陪审团审判均是将刑事审判尽可能地公开化和全面化,从而有效解决刑事责任、处理刑事纠纷。公民权利意识觉醒推动的正当程序改革进一步加重了刑事审判的实践负担。

20 世纪美国的平等主义革命直接推动了公民的权利意识觉醒。在犯罪率上升和权利意识高涨的双重压力下,美国联邦最高法院开启了一场“刑事诉讼革命”,联邦最高法院通过第十四修正案几乎把权利法案中的刑事诉讼规定完全适用于各州,并加强了对警察权力的控制。^[17] 这无疑给本就繁琐的对抗制审判添加了沉重负担。正当程序改革也使职权主义国家的刑事审判日益复杂化,在刑事审判程序上,职权主义国家基本确立了以法官为主导的审问制:法官负责指挥庭审,并全权把控庭审的进展,尤其是证据的调查及质证。^[18] 这种法官主导审判的特性使法官承担了刑事审判中绝大部分查证任务,庭审过程变得繁琐且漫长。

在此背景下,诉讼案件数量的剧增导致法官的工作负荷明显提升,也妨碍了法院及时作出公正判决,这也被称为司法能力危机(judicial capacity crisis)。^[19] 因此,在案多人少局面下,无论是当事人主义还是职权主义均承认检察官不可能对案件一概起诉,只能以筛选不起诉案件破局。^[20] 对于检察机关而言,审查起诉阶段虽然也受到正当程序原则限制,但审查起诉程序的公开性和复杂性远低于审判程序。因此,在犯罪化进程已成定局的前提下,检察机关通过程序出罪权来缓解刑事审判压力,进而提升刑事诉讼整体效率就变得尤为重要。

[15] 参见王钢:《德国近五十年刑事立法述评》,《政治与法律》2020 年第 3 期,第 110 页。

[16] 参见[德]汉斯-约格·阿尔布莱希特著:《德国检察纵论》,魏武编译,中国检察出版社 2021 年版,第 37-38 页。

[17] 参见[美]克雷格·布拉德利著:《刑事诉讼革命的失败》,郑旭译,北京大学出版社 2009 年版,第 16 页。

[18] 参见施鹏鹏:《职权主义与审问制的逻辑——交叉询问技术的引入及可能性反思》,《比较法研究》2018 年第 4 期,第 60 页。

[19] See Peter S. Menell & Ryan Vacca, Revisiting and Confronting the Federal Judiciary Capacity “Crisis”: Charting a Path for Federal Judiciary Reform, 108 *California Law Review* 789, 789 (2020).

[20] 参见[美]琼·E.雅各比、爱德华·C.拉特利奇著:《检察官的权力——刑事司法系统的守门人》,张英姿、何湘萍译,法律出版社 2020 年版,第 21 页。

(二) 效率主导型程序出罪的结构特征

1. 程序出罪的对象限于轻微且无追诉公共利益的犯罪

效率价值具有相对性,国家司法机关的负担不能通过无限制牺牲诉讼权利或正当程序的方式来转嫁到犯罪嫌疑人或被告人身上。在德国刑事诉讼中,裁量不起诉的范围最初被限定在轻微犯罪且无追诉公共利益案件,具体表现为《德国刑事诉讼法》第153条第1款规定的轻微案件不予追诉制度,即若犯罪嫌疑人罪责轻微且无追诉的公共利益,经审判管辖法院同意后,检察官可以做出不起诉决定。其中罪责轻微的判断标准为该犯罪行为显然低于同类型犯罪,罪责轻微与否也不需要完整证明,由检察官预测判断即可。无追诉的公共利益不仅可以通过一般预防等实体要素判断得出,诉讼拖延等程序要素也可以论证该案不存在追诉的公共利益。若案件属于“最轻本刑未经提高”且犯罪造成后果轻微的轻罪,检察机关的不起诉决定则无需获得法院同意。^[21] 犯罪后果轻微在财产犯罪中主要指的是造成50欧元以下的财产损失,且不考虑被害人对该财物的情感利益。^[22] 在上述案件中,违法与犯罪的界限本身就极为模糊,当案件并无追诉的公共利益时,国家通常不必担忧放弃追诉会导致公民的不满情绪或使其丧失守法态度。^[23] 程序出罪在提升刑事诉讼效率的同时,并未违背正当程序原则。

在美国刑事诉讼中,虽然检察机关的起诉裁量权并不受罪行轻重限制,但只有在轻微犯罪中,检察官才是以实现效率而非解决纠纷为目标适用程序出罪。如《美国模范刑法典》对微罪的处理作出了如下规定,“考虑到被指控犯罪之行为的性质和附随情状的性质,法庭如果认定被告人的行为存在以下情形时,应当驳回起诉。即行为没有超过日常生活所能够允许或接受的程度、没有发生法律规定的危害或风险,或者造成的损害后果极为轻微、存在立法机关没有预见的减轻情节。”虽然该条规定的主体为法官,但实际上该种程序终止是法官在庭审前抑制检察官起诉裁量权的制度,对检察机关裁量判断程序出罪与否具有重要影响。

2. 程序出罪的过程应减少参与主体与决策流程

程序出罪的功能若要提高诉讼效率,就应避免出现意见冲突的可能性。如果在强化程序出罪的同时将程序出罪的过程复杂化,显然是将案件处理压力由法官转移至检察官,这样会使检察机关同样面临案多人少压力。因此,简化程序出罪的过程、缩限参与主体是实现效率功能的制度要求。

在美国刑事诉讼中,检察官对于轻微刑事案件多以分程序替代起诉,这一职权历来为法院所尊重。法院掌握着设置轻罪及违警罪管辖主体的权力,部分案件也会交由警官

[21] 何谓“最轻本刑未经提高”可以以《德国刑法典》第242至244条的盗窃罪为例作一解读。《德国刑法典》第242条普通盗窃罪的法定刑为5年以下自由刑或罚金,第243条为加重盗窃罪,法定刑为3个月以上,10年以下的自由刑。犯罪嫌疑人涉嫌普通盗窃罪可以适用第153条第1款第2项规定。参见《德国刑事诉讼附德国法院组织法选译》,连孟琦译,我国台湾地区元照出版社2016年版,第195页。

[22] 参见林钰雄、王士帆、连孟琦著:《德国刑事诉讼法注释书》,我国台湾地区新学林出版社股份有限公司2023年版,第445页。

[23] 参见Hans-Jürgen Kerner著:《德国刑事追诉与制裁——成年刑法与少年刑法之现状分析与改革构想》,许泽天、薛智仁译,我国台湾地区元照出版有限公司2008年版,第166页。

处置。^[24] 检察官只能基于检警关系来审查上述处分是否妥当。在日本刑事诉讼中,以不起诉为代表的程序出罪最初是基于“微罪不处分”的一般预防理念而产生的。明治刑事诉讼法时期,检察官书面阅卷而做出的微罪不处决定成为日本起诉便宜主义发展的开端。^[25] 在属于微罪处分的程序出罪中,无论是犯罪嫌疑人、被害人还是法官均无法参与检察机关的裁量过程。随后,日本刑事诉讼更是将微罪处分的判断权交由侦查机关行使。在犯罪情节轻微的盗窃、欺诈、侵占以及赌博等案件中,根据一般指示权,日本各地方检察厅的检察长赋予侦查机关对犯罪嫌疑人行使训诫、恢复损害以及赔礼道歉等处分的权力。侦查机关对于实施微罪处分的案件,应在一个月内将处分的时间,被处分对象的姓名、年龄、职业、住所、罪名以及犯罪事实等内容以报告书的形式向检察机关报告。^[26] 检察机关由微罪处分的判断者逐渐演变为微罪处分的决策者。

综上所述,只有在轻微犯罪且无追诉公共利益的案件中,以提升刑事诉讼效率、减轻刑事司法负担为价值目标的程序出罪才具有正当性。在具备理论正当性的基础上,只有尽可能简化程序出罪决策过程,避免不同诉讼主体之间的意见冲突才能真正起到减轻刑事司法负担的作用,而非仅减轻刑事审判负担。因此,若从提升诉讼效率这一功能预设来分析域外国家的程序出罪制度结构,可以发现该种程序出罪多表现为起诉放弃,即检察机关基于追诉利益的衡量放弃起诉,既不包括选择性起诉或撤回起诉,也不会为程序出罪附加繁琐的考察条件。

三 程序出罪的司法协商功能与平等性制度设计

以司法协商提升刑事司法效率、减轻司法负担是程序出罪的原始预设功能,随后该功能被其他制度(如侦查机关的微罪处分等)分流,与之相匹配的制度结构也逐渐缩限。程序出罪迫切需要其他功能来进一步赋予其正当性。伴随着司法协商理念的发展,程序出罪逐渐成为协商解决纠纷的处置方式。可以说,程序出罪追求效率功能的正当性在于“无争议”,这种无争议表现为犯罪轻微且无追诉公共利益,较为客观化。司法协商后的无争议具有主观化和个体性,自然会扩大程序出罪的适用范围。与此同时,以司法协商功能为主导的程序出罪也需要更复杂的制度设计来保障协商结果的有效性。

(一) 司法协商型程序出罪的适用范围

与效率功能主导的程序出罪不同,通过协商解决刑事纠纷更加关注的是“犯罪嫌疑人、被告人在刑事程序中的自主地位”和“刑事诉讼中协商与纠纷解决的关系”。因此,协商解决纠纷功能进一步扩大了程序出罪的适用空间,也为程序出罪提供了正当性依据。程序出罪的司法协商功能能够辐射的范围取决于一国对合意真实观的接受程度。

[24] 参见[美]琼·E.雅各比、爱德华·G.拉特利奇著:《检察官的权力——刑事司法系统的守门人》,张英姿、何湘萍译,法律出版社2020年版,第7-9页。

[25] 三井誠「檢察官の起訴猶予裁量——その歴史のおよび実証的研究(一)」法学協会雑誌87卷9号(1970年)913頁以下参照。

[26] 酒巻匡『刑事訴訟法(第2版)』(有斐閣,2020年)183頁参照。

如果将协商解决纠纷和审判解决刑事责任、合意真实观和实质真实观均置于同一坐标系中,可以发现一国的刑事司法越能接受合意真实观,对协商解决纠纷的认可程度也就越高,审判程序在发现案件事实真相上的作用地位就越低,放弃审判的程序出罪自然可以实现“通过协商解决纠纷”的目的。反之,在实质真实观看来,通过审判来发现真相从而实现国家刑罚权、解决刑事责任作为刑事案件的常规处理模式是不可替代的,自然就没有以“协商来解决纠纷”为目的的程序出罪。

美国刑事诉讼侧重合意真实,检察官通过辩诉交易获得了宽泛且不受严格限制的程序出罪权力。美国辩诉交易的本质是被告人以放弃各项宪法权利为代价,与控方就指控和量刑等事项达成协议。具体包括放弃部分指控或降格指控协议,同意量刑建议的量刑协议以及指控和量刑并存的混合协议三种辩诉交易形式。^[27] 无论何种交易形式均不受罪名范围和罪行轻重的限制。由于司法协商具有个人属性和个体化特征,法官主导的公开审判并不比检察官主导的私下协商更为合适,辩方直接与控方达成协议远比与法官达成协商的阻力更小。因此,在合意真实观的主导下,被追诉人自愿认罪并通过协商达成的出罪协议是符合刑事司法要求的。

在认可有限度的合意真实的国家,程序出罪的协商范围则有所缩限。例如《德国刑事诉讼法》第 153 条 a 规定的程序出罪主要发生在控辩之间,双方合意的意味相对浓厚,法官对于已经达成协商的案件通常不会提出反对意见。即使法官对协商结果有实质审查权力,“由于控辩协商不具有拘束力,在司法实践中,也会乐意吸纳法官的参与,形成控辩审三方协商的格局”。^[28] 更为复杂的司法协商则体现在《德国刑事诉讼法》第 257c 条,该条规定的协商主体是法院。“法院要在庭审中承担程序性主导义务,提升认罪协商的司法透明度。”^[29] 此时,程序出罪的效率提升功能显然需要让位于协商的充分性。根据《德国刑事诉讼法》第 257c 条第 4 款第 1 句和第 2 句,法院将核实每一个细节,即使是细微的出入,也会导致认罪协商的终止。^[30] 相同情形也体现在葡萄牙刑事诉讼程序中,葡萄牙学界也区分了“协商型司法”和“合意型司法”,前者承认被告人的主体地位,允许被告人就定罪量刑问题进行讨价还价。而后者又可称为“同意型司法”,即由检察官主导程序进行,被告人仅得表示同意或反对,不得对技术细节展开商讨,程序的适用具有单向性。^[31]

在不承认合意真实的国家,即便检察机关拥有程序出罪的权力,该制度功能也不能被理解为“协商解决纠纷”。如《日本刑事诉讼法》第 258 条规定了起诉犹豫的考量要素,大致分为:(1) 犯人本身的情况,如品性、年龄等;(2) 犯罪事实的情况,如犯罪轻重,犯罪动机以及犯罪的社会影响;(3) 犯罪后的情况,如有无悔改之意,有无与被害人达成和解。

[27] 参见[美]斯蒂芬诺斯·毕贝斯著:《庭审之外的辩诉交易》,杨先德、廖钰译,中国法制出版社 2018 年版,第 3 页。

[28] 王瑞剑:《实质真实主义的妥协——德国刑事协商制度的理论考察》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 3 期,第 58 页。

[29] 李倩:《德国认罪协商制度的历史嬗变和当代发展》,《比较法研究》2020 年第 2 期,第 95 页。

[30] 参见[德]贝恩德·许乃曼:《德国刑事认罪协商制度的新进发展及评析》,黄河译,《法治社会》2023 年第 1 期,第 124 页。

[31] 参见施鹏鹏:《从合意型司法走向协商型司法?——葡萄牙最简易程序研究》,《人民检察》2020 年第 21 期,第 54 页。

上述要素只是为日本检察官提供了起诉犹豫的参考标准,并不对出罪与否起决定性作用。之所以日本的程序出罪制度存在巨大的适用空间,一方面是因为程序出罪具有执行刑事政策的功能,另一方面则是因为日本刑事诉讼基于实质真实主义设定了与定罪相同的起诉标准。在检察官看来付诸审判程序的案件必然是应当被判处有期徒刑的案件,所谓公诉权也即有罪判决的请求权。因此,程序出罪的功能不在于“协商解决纠纷”,而是“基于刑事政策的宽恕”。^[32]

(二)司法协商型程序出罪的制度设计

在缺乏平等性保障的协商中,“无辜者也很可能为了避免(在法庭上被判决有罪的可能性)而接受某种交易,即使这种交易的潜台词是他们在法庭上肯定会得到有罪判决。”^[33]判断程序出罪是否发挥“协商解决纠纷”的功能,取决于协商过程是否平等。只有保障公平性的协商才能起到“解决纠纷”的作用。例如美德两国均规定了认罪协议的撤回程序,若被迫诉人反悔认罪则可以要求撤回协议,被迫诉人基于认罪协商的有罪供述同时失去法律效力。与此同时,被迫诉人在接受认罪协议之前,检方及辩护律师需要将认罪的直接后果或间接附带后果进行充分告知。上述平等性制度设计可以说是司法协商的核心所在。^[34]在程序出罪的问题上,更值得关注的是,在保持协商过程的公平性的基础上,为何检察机关主导的出罪协商比法院主导的量刑协商更为普遍。有学者提出域外国家存在“暂缓判决”的审判出罪举措,并指出其适用空间更大。^[35]然而,从不起诉案件的数量和比例来看,审前检察官主导的程序出罪明显大于暂缓判决的适用率。两者的区别在于“出罪”与“量刑”对被迫诉人激励作用的差异以及不同主体身份对被告人协商自愿性的影响。

在法官作为协商主体的协商型司法中,协商通常仅能影响到“量刑”而非“定罪”。例如英国的认罪协商制度分为量刑协商模式、指控协商模式以及事实协商模式。在量刑协商模式中,被指控人可以通过认罪获得在治安法院而非刑事法院接受审判的机会,也在第一次聆讯、第一次聆讯之后以及庭审开始三个时间段分别获得三分之一、四分之一以及十分之一的最高量刑折扣。^[36]可以发挥出罪作用的指控协商和事实协商均是被指控人与检察机关的协商。之所以法官不会因协商作出出罪决定,主要是因为审判阶段的协商出罪会混淆无罪判决的宣示意义,也有违裁判结果的可接受性。首先,刑事审判意味着必须依据控辩双方提供或法官依职权调查得来的证据进行有罪或无罪的判断,并不存在一个中间的状态。法官基于协商作出无罪判决会直接引发既判力效力,这与协商的可变动性存在本质冲突。因此,法官无法在审判程序中以“出罪”来进行协商。其次,法官本身是中立审判者的诉讼身份,尤其是在定罪问题上,中立审判与积极协商存在角色冲突。最

[32] 川崎英明「起訴基準と訴追裁量」法律時報 92 卷 3 号(2020 年)109 頁以下。

[33] [美]斯蒂芬·舒霍夫:《灾难性的辩诉交易制度》,郭烁译,《中国刑事法杂志》2019 年第 6 期,第 128 页。

[34] 当前关于司法协商的比较研究重点也集中于“协商平等性”的制度比较,程序出罪仅仅是比较要素之一。具体参见马勤:《微观比较视野下认罪罚从宽制度的多维反思》,《法制与社会发展》2023 年第 3 期,第 157-162 页。

[35] 参见陶朗道:《暂缓判决程序探究——程序出罪理论的新探索》,《当代法学》2023 年第 6 期,第 119 页。

[36] 参见裴炜:《英国认罪协商制度及对我国的启示》,《比较法研究》2017 年第 6 期,第 125 页。

后,刑事诉讼之所以设定刑事审判程序,不仅是为刑事纠纷的解决提供一个公开透明的程序,也具有宣示意义。因此,带有教育仪式感的审判程序也难以全面引入协商出罪机制。

检察机关行使协商型程序出罪权的基础在于公诉裁量权。立法者倾向于不干涉自由裁量权的原因在于,通过协商,检察机关使刑事司法系统能够维持正当程序基本要求的同时,以“非正式制度”的方式更好地处理纠纷。^[37] 对于被追诉人来说,选择与检察官进行协商的优势有以下两点:第一,“出罪”远比降低量刑的激励效果更大。定罪后果并不限于刑罚处罚,还附着着诸多社会制裁。罪犯往往丧失了政治、经济和社会权利。有前科的罪犯不仅被取消了选举资格,还被明确剥夺按照福利和津贴计划而享有的利益。^[38] 因此,对于涉嫌轻罪的被追诉人而言,定罪的附带后果可能远比刑罚更为严重。如果可以通过协商方式来换取不起诉或撤回起诉,可以摆脱附随性制裁。对于检察机关而言,协商认罪免除了其在审判程序中的证明任务。第二,刑事审判程序不仅是诉讼权利的载体,也是诉讼负担。漫长的程序本身以及审判结果的不可预估性往往会使犯罪嫌疑人倾向于尽早脱离刑事诉讼程序。^[39] “刑事诉讼往往会伴随着非正式的制裁,使程序更精致而提高公正性的努力恰恰会产生相反的结果。它会使程序的成本变得更加昂贵,这是一种同等地分配给无辜者和有罪者的惩罚。”^[40] 对于有罪之人而言,尽早协商以换取出罪结果可谓是最好的结局。甚至对于无辜者而言,协商出罪也比接受不确定的审判更为现实。

综上所述,检察官的角色定位,不起诉裁量权与合意真实的契合性以及出罪作为协商筹码的有效性共同支撑起了协商性程序的平等性制度结构。

四 程序出罪的犯罪治理功能与衔接型制度构造

提升司法效率功能和协商解决纠纷功能并不能妥善、全面地解释一些国家程序出罪的适用现状。例如,日本检察官作为独任制机关可以独立开展侦查活动,作出起诉或不起诉决定,程序出罪权独立且宽泛。^[41] 但其刑事司法制度又拒绝自我认罪的司法协商制度。那么,日本刑事诉讼中的程序出罪显然无法用“提升司法效率”和“协商解决纠纷”的功能来解释。如果说日本刑事诉讼作为个例的说服力尚且不足,那么在实行协商型程序出罪制度的国家,同样也有诸如合规出罪、未成年人出罪等程序出罪形式,此种程序出罪的功能也有待解释。上述程序出罪关注的是“程序出罪”在特殊预防、修复社会关系以及预防再犯等问题上的功能和优势。因此,在效率型程序出罪、协商型程序出罪之外,程序出罪仍存在犯罪治理功能。作为犯罪治理方式的程序出罪不仅需要实现刑事诉讼程序的价值目标,还要求其刑罚惩罚具有同等的治理效果。

[37] See Palma Paciocco, *Seeking Justice by Plea: The Prosecutor's Ethical Obligations during Plea Bargaining*, 63 *McGill Law Journal* 45, 53 (2017).

[38] 参见[美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,第5页。

[39] See Rebecca K. Helm, *Constrained Waiver of Trial Rights: Incentives to Plead Guilty and the Right to a Fair Trial*, 46 *Journal of Law and Society* 423, 427 (2019).

[40] 魏晓娜著:《背叛程序正义:协商性刑事司法研究》,法律出版社2014年版,第137页。

[41] 参见吴桐、王瑞剑:《“检察一体”源流考》,《苏州大学学报(法学版)》2022年第2期,第41页。

(一)“追诉治罪到出罪治理”的转变背景

近年来,域外各国检察官的角色也在不断演变,检察权与社会的联系日益紧密。程序出罪的关注对象不再局限于行为人的行为,还涉及被害人遭受的伤害以及社会民众的反应。^[42]在此趋势下,程序出罪的犯罪治理功能开始凸显。犯罪治理是一个横跨社会学与法学的宏观概念,仅就刑事法而言,犯罪治理也即如何通过法律有效预防犯罪。与单纯在法律范围内探讨治罪思维方式不同,犯罪治理的研究视角更为广阔。从追诉治罪到出罪治理的过程主要表现为矫治性司法和修复性司法两种犯罪治理理念的不断革新。

1. 矫治性司法与程序出罪的个体化

矫治性司法起源于美国,整体发展是从治疗的法学(Therapeutic Jurisprudence)到治疗性司法(Therapeutic Court/justice)再到问题解决型法院(Problem Solving Court)。韦克斯勒(David B. Wexler)和威尼克(Bruce J. Winick)教授主张将治疗理念纳入法律制度之中,特别是与精神障碍者相关的法律制度,这既是治疗性司法的开端,又是相关司法制度的理论支柱。^[43]随后美国刑事司法开始以替代性纠纷解决机制(Alternative Dispute Resolution, ADR)来实现治疗目标,具体包括在毒品和酒精滥用类案件中引入有效的治疗程序。矫治型司法观并没有采取当事人主义的对抗思考方式,其目标是发现被告人存在的问题(犯罪发生的原因和阻碍矫正犯罪的因素)并针对这些问题提供解决手段,具有很强的前瞻性。在刑事诉讼程序启动上,矫治型司法只有在“对犯罪嫌疑人、被告人进行康复治疗具有必要性”的情况下才会启动。在刑事司法究竟是帮助恢复还是实现刑罚的问题上,矫治性和修复性司法观的目的大相径庭。另外,在传统刑事司法中司法机关收集证据是为了证明犯罪,而在矫治型司法中司法机关收集证据是为了制定治疗计划和评估治疗效果。^[44]可以说,矫治性司法关注的是“他(她)为何犯罪”。

与之相类似的是日本刑事司法中“预防再犯”的程序出罪措施,关注的是“如何避免他(她)再次犯罪”。日本学者认为,传统的“行为—责任—报应”是一种回溯性、规范性的判断,而“行为人—危害性—特别预防”则是前瞻性、社会科学性的判断。检察机关可以通过起诉犹豫同时兼顾两种判断,尤其是后者。^[45]从2013年开始以东京地方检察厅设立“回归社会支援室”为开端,日本全国地方检察厅开始尝试在做出不起诉决定时提供福利支持。具体分为两类:第一类是就业保障,即提供就业能力学习培训。日本法务省为了充实就业支援体制,从2006年开始在矫正设施中配置具有职业咨询等专业性的兼职咨询职员和专职就业辅导职员。上述职员负责对行为人提供职业咨询,协调其与职业介绍所和企业的联系,如通过逐一面试等方式对其就业能力进行评估,以了解其就业意愿和职业

[42] 吉開多一「検察官の訴追判断に関する考察『人口支援』の試行を踏まえて」國士館法學 48 号(2015 年)88 頁以下参照。

[43] See Constance Backhouse, An Introduction to David Wexler, the Person behind Therapeutic Jurisprudence, 1 *International Journal of Therapeutic Jurisprudence* 1, 12 (2016).

[44] 指宿信「治療的司法の今とこれから—日本における更生支援型刑事司法を考える」法と心理 18 卷 1 号(2018 年)16 頁以下参照。

[45] 吉開多一「検察官の訴追判断に関する考察『人口支援』の試行を踏まえて」國士館法學 48 号(2015 年)88 頁以下参照。

适应性等。第二类是卫生保健和福利服务,从2018年开始,日本法务省设立了一个特别支援单位,为需要福利支援的人提供专业帮助,如被暂缓起诉的老年人或残障人士。截至2019年4月,已有22个地方检察厅建立了特别支援单位。此外,检察厅还通过增加负责矫治工作检察事务官的方式,初步实现检察系统内部追诉职能与矫治职能的合理分工。值得注意的是,该种程序出罪虽然属于检察裁量权的范畴,但由于以预防再犯为目标的矫治措施对于被追诉人来说是一种不利负担,故必须获得被追诉人同意后方可适用。若被追诉人履行相关矫治措施,检察官必须对其作出罪处理且该出罪决定具有一事不再理效力。^[46]

2. 修复性司法与程序出罪的社会化

20世纪70年代开始,世界各国在反思与批判传统的报应式正义(Retributive Justice)的基础上发展出一种旨在修复加害人、被害人、社区与国家之间正常利益关系并实现和谐正义的刑事理念的修复式正义观。修复式司法存在以下特点:第一,以少年犯为主,后逐渐扩大到成年人;第二,强调加害人对被害人和社区、国家的修复;第三,修复的本质在于恢复秩序或损害,采取何种方式修复以及修复程度如何各国具有差异性,通常表现为社区服务、金钱给付等方式。相较于矫治性司法而言,修复性司法更加强调刑事司法改革的系统性,即将犯罪行为放到整个社会系统中进行矫正与恢复,由专门性的机关对修复效果进行评估。^[47]

修复式司法的核心启示在于肯定犯罪解决方式的多元化和刑事司法的修复性。^[48]域外国家的修复式司法大体分为纯粹模式和最大化模式。两者的区分也影响着程序出罪制度的结构。纯粹模式认为,修复型司法是以受害者所遭受的具体损害为核心,包含受害者、加害者和社区三者。根据这一模式,修复性司法方案必须包括受害者、加害者和社区之间的直接会议,并由他们来决定成果。对应到程序出罪,被害人、社区与加害人只有通过平等充分的沟通达成了一致意见,即视为满足了修复性司法的要求。与此相对,最大化模式既包含纯粹模式的内容,又不局限于纯粹模式,是进一步扩展理解修复型司法的模式。最大化模式认为,过程不是修复性司法的核心特征,修复性司法的最终表现在于“确立修复性结果”,即修复结果必须具有强制性。^[49]可以看出,纯粹模式强调受犯罪行为影响的各方均应到场沟通,通过协商来确定修复内容。由于协商确定的修复内容没有国家公权力作背书,该制度模式往往缺乏保障。最大化模式则强调只要加害者行为能够恢复犯罪行为给被害人、社区和国家的负面影响,就属于修复型司法,是否充分沟通则不是必要条件。纯粹模式往往适用于未成年人犯罪,圆桌会议、社区会议等制度形式均是为了保障修复过程的有效性。对于成年人犯罪则依赖于社区服务、金钱给付等方式来实现修复,明显更侧重于修复的结果。^[50]以修复功能为核心的程序出罪中,金钱给付的比例较高。

[46] 辻本典央「条件付起訴猶予制度の導入に向けた法的問題点の検討一序論」近畿大學法學 66 卷 3・4 号(2019 年)10 頁以下参照。

[47] See Daniel P. Mears, Escaping the Sisyphian Trap: Systemic Criminal Justice System Reform, 47 *American Journal of Criminal Justice* 1030, 1037 (2022).

[48] 参见陈晓明:《论修复性司法》,《法学研究》2006 年第 1 期,第 60-61 页。

[49] 高橋則夫「修復的司法というパラダイム」學術の動向 9 卷 9 号(2004 年)72 頁以下参照。

[50] 高橋則夫「修復的司法の観点から見た犯罪被害者に対する対応の在り方」早稲田法学 85 卷 1 号(2009 年)317 頁以下参照。

例如德国附条件不起诉在实际运用过程中,金钱给付占比约为 80%以上,而赔偿被害人损失仅有 5%左右。^[51] 金钱给付的对象主要为国库,还有部分为被害人支援协会、动物保护团体等非营利性团体。在附条件不起诉的具体条件与罪名的适用关系上,可以发现所附条件的选择与罪名存在明显的相关性。例如修复犯罪行为损害主要表现为退赃退赔,在附条件不起诉的适用对象上集中表现为诈骗、盗窃和道路交通类犯罪。而向国库给付则主要集中于违反社会秩序的犯罪,如道路交通类犯罪。与被害人和解则主要适用于人身犯罪,主要集中于故意伤害案件。^[52]

程序出罪的修复功能表现为通过非刑罚处罚等方式来修复被犯罪行为破坏的社会关系、补偿被害人。在这一功能下,根据检察官职权的大小可以分为附条件出罪和出罪后的非刑罚制裁两种模式。在附条件不起诉中,检察官是以被指控人是否履行所附条件为不起诉的基础,犯罪治理需要前置到“所附条件阶段”。在出罪与非刑罚制裁的衔接中,检察官在裁量作出出罪决定时,不受非犯罪治理的其他因素限制,只是在作出出罪决定后,对其作出非刑罚处罚。附条件不起诉有容纳纯粹模式的空间,出罪后的非刑罚制裁则属于典型的最大化模式。

(二) 犯罪治理型程序出罪的衔接型制度构造

在程序出罪中,犯罪治理功能主要依赖非刑罚制裁实现,由此犯罪治理型程序出罪的制度构造主要表现为程序出罪与非刑罚制裁措施的衔接机制。总体来看,域外国家存在两种选择方案:第一是将程序出罪的判断过程与非刑罚制裁分离,即先程序出罪,后施加非刑罚制裁;第二是将非刑罚制裁视为程序出罪的条件,即检察机关根据非刑罚制裁的实施情况来决定是否出罪。前者为“一次性行为”的起诉放弃(分离模式),后者则通过修复损害、社区服务或者保护观察等方式来实现特殊预防的目的(合并模式)。如何安置非刑罚制裁与程序出罪的关系直接影响到犯罪治理的实施效果。

分离模式将程序出罪与非刑罚制裁分离,通过检察机关提出非刑罚处罚意见或者不起诉后再行起诉来保障非刑罚制裁的有效性。日本刑事诉讼中的程序出罪最初属于“起诉放弃型”,检察官在作出裁量决定时原则上并不附加任何的条件。随后开始重视特殊预防的积极意义,出现了将“起诉犹豫”与“改造犯罪”结合的横滨模式。横滨模式类似于附条件起诉,即设定一定的考验时期来考察行为人的改造情况,视具体情况作出起诉犹豫与否的决定。^[53] 但横滨模式仅持续了 10 年左右就逐渐停止,原因在于日本法务省认为检察官积极参与罪犯改造于法无据,并且对于未经法院认定有罪者施加改造措施也有无罪推定原则。近年来日本检察机关以预防再犯风险为关注点再次提出了全国范围内的犯罪转处改造措施,即入口支援措施。“入口支援”被用来对应从刑事设施释放时的“出口支援”,是指让需要福利支援的犯罪嫌疑人和被告人尽早脱离刑事程序并对其施加必要的支援服务。虽然该措施的形式各异,但各地检察厅往往是将犯罪嫌疑人以起诉犹豫

[51] Statistisches Bundesamt, Fachserie 10-Rechtspflege, Reihe 2.6, 2021.

[52] Statistisches Bundesamt, Fachserie 10-Rechtspflege, Reihe 2.6, 2020.

[53] 三井誠「検察官の起訴猶予裁量—その歴史のおよび実証的研究(五)」法学協会雑誌 94 卷 6 号(1977 年)875 頁以下参照。

的方式出罪后,在犯罪嫌疑人同意的前提下制定了诸多需要遵守项目,确认其履行情况。^[54]

合并模式是将非刑罚制裁作为不起诉决定的前置条件,通过设置考察条件、期间等方式在不起诉决定作出前实现非刑罚制裁,即附条件不起诉。例如《德国刑事诉讼法》第153a条规定的“履行负担与指令的不起诉”。根据该规定,经法院和被追诉人同意,检察机关可以作出“附条件不起诉决定”,针对该案件的调查程序临时终止;如果被追诉人积极履行“非刑罚惩罚性”的要求,则作出罪处理。如果被追诉人没有完全履行所附“条件”,检察官会提起公诉。此时,被追诉人先前根据附条件不起诉已经完成的“要求或指示”不能撤回,应在量刑中予以考虑。其中也规定了金钱给付义务,具体包括公益性给付和补偿性给付,前者如向公益设施或国库缴纳一定数额的金钱、履行其他具有公益性的给付,后者如为恢复因犯罪行为而导致的损害而履行一定的给付、努力与被害人达成调解。^[55]

五 功能结构视野下程序出罪的层次性结构

“出罪是对犯罪评价的再否定,故而在出罪评价的过程中往往蕴含着秩序和正义的交锋、感性与理性的较量。”^[56]在比较法的功能结构主义视角下,法律是解决社会问题和需求的工具,世界各国解决相同问题的共性做法自然成为比较研究中的共性所在。^[57]前文的比较法考察表明世界各国程序出罪制度的建构思路均是以提升诉讼效率、协商解决纠纷、犯罪治理为基本功能,上述功能的正当性程度决定了程序出罪权的适用范围。不同制度功能对应的程序出罪结构也存在差异性,即程序出罪的功能正当性越充分,适用范围越大、适用条件越多元、出罪效力越稳定,与之对应的规范结构也就越复杂。显然,不同价值目标主导的程序出罪制度呈现出“层次化”特征。这种层次化出罪理念对于完善我国程序出罪制度体系,厘清不同不起诉权的制度边界大有裨益。

(一) 层次性程序出罪的基本特征

程序出罪的本质是利益衡量。无论是效率主导、司法协商还是犯罪治理型程序出罪均将程序出罪追求利益目标与“正当程序”“权利保障”“刑罚制裁”等传统刑事司法的利益目标进行衡量后方可论证其正当性和适当性。在程序出罪的价值体系中,诉讼效率、司法协商和犯罪治理形成一个有机层次结构。对程序出罪的正当性和适当性进行衡量时,层次性程序出罪理念起到参照物和坐标系的作用,从而为程序出罪的创设和具体适用提供恰当的衡量准据。具体而言,层次性程序出罪具有以下两点特征。

第一,不同价值主导的程序出罪制度存在明显区分,同一种程序出罪制度不应承载两种或两种以上的预设功能。在程序出罪的域外发展过程中,不同价值主导的程序出罪并不存在竞合的空间。以司法协商型程序出罪为例,虽然提升诉讼效率也曾作为辩诉交易

[54] 稲川龍也「検察における再犯防止・社会復帰支援の取組」罪と罰 53 卷 4 号(2016 年)12 頁以下参照。

[55] 参见王华伟:《轻微犯分流出罪的比较考察与制度选择》,《环球法律评论》2019 年第 1 期,第 166 页。

[56] 夏伟:《腐败犯罪出罪的刑事政策思考》,《东南法学》2017 年第 2 期,第 158 页。

[57] 参见郑智航:《比较法中功能主义进路的历史演进——一种学术史的考察》,《比较法研究》2016 年第 3 期,第 5 页。

的动因之一,但辩诉交易从“非正式制度”向“正式制度”的转变显然无法简单归结为诉讼效率。“辩诉交易与司法或社会系统完美契合,部分原因在于它符合正式立法设定的目标:它增加检察官的定罪率,减少了被撤销的法官裁判。”^[58]因此,如果将司法协商出罪作为刑事诉讼程序中的常规案件处理方式,效率价值显然不应为主导价值。与之相应的制度设计也应以“充分告知、平等协商”为目标,不会出现效率主导型协商出罪中以“简化决策流程”为目标的制度结构。不仅如此,效率主导型程序出罪主要表现为职权性判断,即检察官只要判断该案属于罪行轻微且无追诉公共利益就可以作出出罪决定。司法协商型程序出罪的理念基础为协商性程序正义,是否出罪取决于协商结果以及协商理念在传统罪责体系中的生存空间。两者理念上的差异也使其难以共存。

同理,在犯罪治理型程序出罪中,程序出罪的正当性在于附加的矫治或修复条件可以在缓和有罪宣告负面效应的同时实现犯罪治理目标。虽然在犯罪治理型程序出罪中也会存在协商,但此时“协商解决纠纷”不再是核心,取而代之的是“治理犯罪”。矫治性司法和修复性司法的发展也具有独立性,而非司法协商的衍生品。因此,不同程序出罪制度之间泾渭分明是层次性程序出罪理念的特征之一。

第二,不同价值主导的程序出罪制度并非平面结构,而是呈现出立体化的差异性。具体表现为,在由诉讼效率到犯罪治理的演变过程中,实体限制逐渐放宽、犯罪主体要求逐渐严格、制度规范愈发复杂。限制程序出罪裁量权是程序出罪正当性的基础问题。在各国程序出罪中,最为普遍性的限制要素为实体限制。如《日本刑事诉讼法》将“犯罪轻重”作为起诉犹豫的考量要素,虽然该要素属于裁量要素,但仍具有较强的规制效果。《德国刑事诉讼法》将“罪责轻微与否”作为程序出罪的法定要素,既决定着法院是否介入审查程序出罪,也直接影响程序出罪制度的适用范围。若从程序出罪的功能论来论证该特征的正当性,可以总结为当程序出罪追求诉讼效率价值时,仍属于传统刑事诉讼的例外。协商性程序正义的出现使程序出罪成为与传统对抗式刑事诉讼并列的纠纷解决方案。犯罪治理型程序出罪不仅替代了传统审判程序,还发挥着矫治、修复犯罪行为危害的功能。这种功能论上的演变使实体条件的限制功能逐渐减弱。

但值得注意的是,程序出罪适用范围的扩大意味着检察机关裁量权的扩张。所有不受约束的自由裁量权都可能被滥用。因此,程序出罪是否公正实质上取决于“利益衡量的裁量判断是否合理”和“程序出罪的决定效力是否稳定”两个因素。在利益衡量判断是否合理的问题上,无论是协商型程序出罪还是犯罪治理型程序出罪均要求构建一套平等的程序出罪制度规范。如在协商型程序出罪中,被追诉人的知情权和自愿性考察就是程序出罪制度的核心。在犯罪治理型程序出罪中,被害人和社会公共利益也被纳入利益衡量之中。若部分案件确实需要扩大适用“社会公共利益衡量”,检察机关往往通过公开、民主化程序机制将利益衡量的过程公开化、透明化从而尽可能地消解异质利益衡量的无序性。在“程序出罪效力是否稳定”的问题上,任何一个法治国家都不会将公民置于重复追诉的不确定风险之中,无论是基于维护司法判决的权威性还是基于保障公民基本权利

[58] [美]乔治·费希尔著:《辩诉交易的胜利——美国辩诉交易史》,郭志媛译,中国政法大学出版社2012年版,第1页。

的目标,刑事追诉的有限性都是刑事司法的基本要求。虽然以不起诉决定为载体的程序出罪不属于生效判决,不应具备既判力,^[59]但各国仍根据程序出罪的不同功能设置了特殊的程序出罪效力规定。如《德国刑事诉讼法》规定程序出罪的决定若经过被追诉人同意,则被追诉人便享有信赖利益保护,只有在发现新的事实或证据的情况下才有权重新提起公诉。日本刑事司法实践探索的“程序出罪+非刑罚措施”也要求检察机关在被追诉人履行完非刑罚惩罚后不得随意再次起诉。^[60]综上所述,程序出罪预设功能的正当性越充分,制度结构就越复杂,程序出罪的效力也就越稳定且可预期。

(二)我国程序出罪制度的层次性体系构建

我国当前以酌定不起诉为核心的程序出罪制度存在功能层次不明,利益衡量要素杂糅等问题,不仅直接影响程序出罪的实践效果,也不利于程序出罪理论的持久发展。为了充分发挥程序出罪在轻罪治理中的实践效果,防范程序出罪权的失衡风险,需要按照程序出罪的制度功能划定制度结构,将程序出罪分别与非刑罚制裁、协商条件、修复义务、矫治措施进行结合,从而构建出一套具有层次性的程序出罪制度体系。

第一,《刑事诉讼法》第177条第2款规定的酌定不起诉不宜再理解为程序出罪的总则条款,应将其限定为以诉讼效率价值主导的微罪不起诉。我国当前不起诉种类虽然较多,但无论是刑事和解、认罪认罚从宽制度甚至附条件不起诉都嫁接在酌定不起诉制度之上,这严重限制了程序出罪制度的发展。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,而是酌定不起诉的具体情形。^[61]显然,我国的程序出罪不满足层次性程序出罪的第一个特征,即同一种程序出罪制度不应承载两种或两种以上的预设功能。此时,不应再扩大解释“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”,而应尽可能采取严格解释立场,使其制度功能限定为“提升效率”。^[62]唯此方可使我国程序出罪制度真正实现多元化。为了提高诉讼效率,检察机关应放松对此种不起诉的审批条件,简化审批流程,将决定权完全交由员额制检察官。

第二,和解不起诉和认罪认罚不起诉等体现司法协商功能的程序出罪应扩大适用范围,同时将协商过程公开化、透明化。在我国当前的司法实践中,认罪认罚不起诉和刑事和解不起诉呈现出“适用范围限缩化”现象,被追诉人无论是认罪认罚还是达成刑事和解协议,都需要满足“犯罪情节轻微,不需要判处刑罚”的前提条件。然而,在认罪认罚不起诉与和解不起诉中认罪认罚与达成和解协议是程序出罪的主导因素。如果没有认罪认罚情节或未达成和解协议,案件本应起诉。^[63]对此,为了突出程序出罪的司法协商,应将刑事和解、认罪认罚作为一种独立的程序出罪,不再受“不需要判处刑罚”或“免除刑罚”的

[59] 参见郭烁:《论刑事既判力范围的确定》,《法学评论》2023年第5期,第95页。

[60] 吉開多一「検察官の訴追判断に関する考察『入口支援』の試行を踏まえて」國士館法學第48号(2015年)115頁以下参照。

[61] 参见孙远:《起诉裁量权的概念、范围与程序空间》,《求是学刊》2022年第1期,第100页。

[62] 当前研究倾向于扩大、甚至去掉酌定不起诉中“犯罪情节轻微”的限制,但若不强调整酌定不起诉的具体功能,仍交由检察机关自由裁量适用与否,会将程序出罪完全交由检察机关裁量,放弃了刑事法律规范的指导意义。具体参见赵兴洪:《酌定不起诉的时代命运》,《中国刑事法杂志》2022年第2期,第87-88页。

[63] 参见闫召华:《认罪认罚不起诉:检察环节从宽路径的反思与再造》,《国家检察官学院学报》2021年第1期,第137页。

实体限制。在制度要素上,对于认罪认罚从宽制度而言,虽然取得被害人谅解是检察机关、法院对犯罪嫌疑人、被告人从宽时必须考虑的关键因素,但不能成为适用认罪认罚从宽制度的前提条件。^[64] 对于刑事和解而言,获得被害人谅解是必备条件,否则不宜适用和解不起诉。因此,从认罪认罚到“认罪认罚+刑事和解”是一个逐步扩大适用范围的过程。此种程序出罪实际上是将“协商条件”作为程序出罪要素来进行利益衡量判断。无论是和解不起诉还是认罪认罚不起诉均应将“协商主体的自愿性”作为保护对象,以协商过程公开化、透明化为预设目标,完善信息披露机制和检察机关的告知义务。^[65]

第三,以未成年人附条件不起诉、合规不起诉为代表的犯罪治理型程序出罪应重视犯罪治理效果,细化“所附条件”的具体要求。在未成年人附条件不起诉中真正属于矫治与教育的“所附条件”应为“完成戒瘾治疗、心理辅导或者其他适当的处遇措施”“遵守预防再犯的禁止性规定”“向社区或者公益团体提供公益劳动”和“接受相关教育”。不符合实体限制的前提条件应是不宜作附条件不起诉,不符合过程条件的应是不宜以取保候审的状态实施附条件不起诉,不符合矫正与教育条件的应是附条件不起诉考察不合格,应撤销附条件不起诉决定,三者最终的法律效果应有所不同。并且,附条件不起诉并非只有“矫正”功能,只要所附条件能够起到替代实现刑事责任的效果,附条件不起诉就能够在“消除定罪负面影响”和“保证替代实现刑罚效果”中得到正当性支撑。“合规刑事激励具有阻却犯罪构成、影响刑罚裁量、实现程序出罪等不同形态。”^[66] 对于合规不起诉而言,缓和定罪对企业的附带惩罚只是合规不起诉的制度动因,通过合规整改来改变企业经营管理方式,完善企业内部的合规体系才是其预设功能。^[67] 因此,应对具备合规整改可能性的企业,围绕着有效预防和有效制裁两大基本维度设定合规有效标准。^[68] 对此,必须区分合规单位不起诉和责任人不起诉的实体范围,前者的罪名和刑罚范围应大于后者。合规出罪引发的最大争议在于,“放过企业,但严惩责任人”会导致责任人成为企业规避刑事风险的工具,“企业整改,从而放过企业家”又会消解自然人本应承担的刑事责任,企业成为责任人规避刑事风险的工具。具体应通过划定不同的实体适用范围来避免合规出罪成为卸责工具。事前合规计划不能免除责任人的刑事责任,事后合规并不影响单位犯罪的成立,责任人也不能适用事后合规出罪的范围。只有当责任人员认罪认罚,积极参与合规整改,或者小微企业的企业家积极促成所在企业建立合规管理体系,对所在企业持续合规经营作用较大时,才可以通过合规出罪。

[本文为作者参与的 2023 年度国家社会科学基金一般项目“犯罪治理现代化视域下公诉出罪问题研究”(23BFX026)的研究成果。]

[64] 参见刘金生、王长青:《故意伤害类案件取得被害人谅解不是适用认罪认罚从宽制度的必要条件》,《中国检察官》2020 年第 16 期,第 76 页。

[65] 参见张青:《认罪协商程序公开及其路径选择》,《环球法律评论》2023 年第 4 期,第 171 页。

[66] 毛逸潇:《合规在中国的引入与理论调适——企业合规研究述评》,《浙江工商大学学报》2021 年第 2 期,第 157 页。

[67] 参见陈瑞华:《企业合规改革与刑事诉讼立法》,《政法论坛》2024 年第 1 期,第 74 页。

[68] 参见刘艳红:《涉案企业合规建设的有效性标准研究——以刑事涉案企业合规的犯罪预防为视角》,《东方法学》2022 年第 4 期,第 107 页。

The Functions and Structures of Procedural Non-Prosecution from a Comparative Law Perspective

[**Abstract**] In recent years, with the acceleration of the criminalization process, the role of criminal justice in diversionary governance has become increasingly prominent. The procedural non-prosecution system represented by the discretionary non-prosecution by procuratorial organs extends beyond substantive crime control to introduce a new model of crime governance by procedural means. Currently, procedural non-prosecution represented by discretionary non-prosecution, conditional non-prosecution, conciliatory non-prosecution, and compliant non-prosecution faces problems such as unclear boundaries and weak systemic organization. Building a distinctive procedural non-prosecution system tailored to China's circumstances has become a new challenge. The establishment of the grounds for procedural non-prosecution is closely related to how we understand the state's prosecution power. The principle of state prosecution reflects the state's goal of punishing crimes, which determines that procedural non-prosecution should be limited. However, the diversification of public interest considerations and dispute resolution provides procedural non-prosecution with broad prospects for application. Therefore, only by establishing a diversified and hierarchical procedural non-prosecution system with a bottom line can we realize the human rights protection function outlined in the Criminal Procedure Law. Comparative law studies indicate that the construction of the procedural non-prosecution system in various countries is guided by basic values and takes enhancement of judicial efficiency, resolution of disputes through negotiation, and crime governance as fundamental functions. The legitimacy of these functions determines the extent of procedural non-prosecution rights, and different systems correspond to different levels of legitimacy. As a result, the structures of procedural non-prosecution corresponding to different functions exhibit hierarchical characteristics. The main manifestation is that the more legitimate the functions of procedural non-prosecution, the broader the scope of application, the more diverse the application conditions, and the more stable the effect of non-prosecution. The current procedural non-prosecution system in China, which is centered on discretionary non-prosecution, suffers from unclear functional hierarchies and the complexity of interest assessment elements. These problems directly affect the practical effectiveness of procedural non-prosecution and are not conducive to the sustainable development of the procedural non-prosecution theory. To give full play to the practical effectiveness of procedural non-prosecution in the control of minor offenses and prevent the imbalance risk of procedural non-prosecution rights, it is necessary to delineate its institutional structure according to its system functions. This involves integrating procedural non-prosecution with non-penal sanctions, negotiation conditions, restorative obligations, and corrective measures to construct a hierarchical system of procedural non-prosecution.