

# 我国公诉制度改革若干问题探讨

陈光中 彭新林\*

---

**内容提要：**我国的公诉制度有必要通过正在进行的刑事诉讼法再修改实行以下三项重要改革：1. 在起诉程序中适用非法证据排除规则。检察机关应当尽可能使进入审判程序的证据具有证据能力。2. 建立附条件不起诉制度。建立此项制度有其理念、政策和现实根据。立法应当合理规定附条件不起诉的案件范围、考察期限。实行附条件不起诉应当与当事人和解、犯罪嫌疑人社会调查制度相结合，并建立有效的监督机制。3. 创建量刑建议制度。以与规范法院量刑程序相配套，有助于实现量刑公正和有效辩护，提高诉讼效率和公诉能力及水平。

**关键词：**公诉改革 非法证据排除 附条件不起诉 量刑建议

---

现代民主法治国家的刑事诉讼实行控审分离原则，公诉程序在刑事诉讼中占有重要的地位。从2008年开始，我国开展新一轮的涉及面比较广泛的司法体制和工作机制改革，并相继公布了一些反映改革成果的司法解释。与此相适应，全国人民代表大会常务委员会启动了刑事诉讼法的再修改工作，预计在近期完成。此次刑事诉讼法再修改势必会涉及公诉制度的改革，现就笔者观察、思考所及的三个热点问题，即非法证据排除、附条件不起诉、量刑建议进行探讨，略陈己见，以期对于刑事诉讼法的成功再修改和公诉制度的改革完善有所裨益。

## 一、关于公诉程序中的非法证据排除问题

### （一）非法证据排除规则在我国的建立

非法证据排除规则是指以非法手段收集的证据不得作为认定犯罪事实和犯罪人的根据。此规则是西方现代国家司法中的通行规则，对于遏制侦查人员违法取证、侵犯公民合法权利，防止发生冤假错案、确保司法公正，具有重要意义。非法证据排除规则也是联合国的一项重要司法准则。联合国1984年12月制定的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第15条规定：“每一缔约国应确保在任何诉讼程序中，不得援引任何业经确定系以酷刑取得的口供为证据，但这类口供可用作被控施用酷刑者刑讯逼供的证据。”可见我国刑事诉讼法确立非法

---

\* 陈光中，中国政法大学终身教授；彭新林，中国政法大学博士后研究人员。

证据排除规则,不仅是完善刑事证据制度的内在要求,也是与刑事司法国际准则相协调的需要。但我国现行刑事诉讼法只对非法取证作了禁止性规定,即刑事诉讼法第43条规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”,而未作任何排除性规定。不过相关司法解释对非法证据的排除作了初步规定。1997年最高人民法院《关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第61条规定:“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。”最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第265条也作了类似规定。上述司法解释一定程度上弥补了刑事诉讼法之不足,表明我国刑事诉讼中开始设立了非法证据排除规则。但由于上述司法解释规定缺乏具体操作程序,取证非法性之审查要求达到“查证确实”又明显不切实际,以至司法实践中非法证据被排除的情况极为罕见。近年来,司法实践中刑讯逼供、冤假错案时有发生,造成了恶劣的社会影响。在此背景下,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部按照中央关于深化司法改革的总体部署和任务要求,秉持惩罚犯罪与保障人权并重、实体公正与程序公正并重的指导思想,于2010年6月联合颁布了“两个证据规定”,即《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《非法证据排除规定》)。

“两个证据规定”,特别是《非法证据排除规定》对非法证据的排除范围、审查和排除的程序、证明责任等问题均进行了具体的规范。不仅要求排除非法言词证据,即第1条规定:“采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述,属于非法言词证据”;第2条规定:“经依法确认的非法言词证据,应当予以排除,不能作为定案的根据”;也规定了对非法实物证据的排除,即第14条规定:“物证、书证的取得明显违反法律规定,可能影响公正审判的,应当予以补正或者作出合理解释,否则,该物证、书证不能作为定案的根据。”关于非法证据排除规则的规定虽然存在某些不足,如实物证据排除设定的条件过高使排除难以实现等,但仍不失为是我国改革刑事证据制度的新成就,而且必然会为刑事诉讼法再修改所吸收而成为一项重要刑事证据规则。

## (二) 检察机关在审查起诉中排除非法证据的必要性

《非法证据排除规定》第3条规定:“人民检察院在审查批准逮捕、审查起诉中,对于非法言词证据应当依法予以排除,不能作为批准逮捕、提起公诉的根据。”据此,检察机关在审查起诉中具有排除非法证据的职责,这是我国公诉制度中的一项重要特色。众所周知,在国外以及港、澳、台地区,非法证据排除的主体是法院,证据是否具有可采性的裁决权属于法官。检察机关是公诉机关,不具有排除非法证据的职责。然而,在我国,不仅人民法院有权排除非法证据,人民检察院也具有排除非法证据的职责。

在公诉阶段,我国检察机关之所以必须在非法证据排除方面发挥重要作用,一是由于西方国家排除非法证据的听证在法院庭审前举行,即所谓“审判中的审判”(trial within trial),负责审理案件事实问题的陪审团或职业法官不参加,被排除的证据不会在陪审团成员或法官(事实裁判者)的脑海里留下烙印,从而能真正起到排除非法证据的效果。而我国不采用西方的陪审团制度,在现行的审判程序中,负责审查证据是否非法、是否应予排除的法官又是负责认定犯罪事实的法官。在法官一身两任的情况下,即使将非法证据排除了,仍不可能消除它对法官认定案件事实形成心证时的影响。非法证据与法官之间的阻隔很大程度上有赖检察官去完成。二是我国检察机关作为国家专门的法律监督机关,在公诉阶段乃至在整个刑事诉讼过程中均负有客观义务,不是单纯地以追诉者的身份一味地追诉犯罪,而必须通过一系列的诉讼活动着力于维护法律尊严,实现司法公正。因而在刑事诉讼中,检察机关有责任对侦查机关取证行为的合法性进行监督和审

查,有权力排除侦查机关通过非法手段取得的证据。检察机关在审查起诉时,只有对有关证据的合法性进行审查判断,坚决排除非法证据,才能保证起诉建立在真实合法的证据基础之上,才能保证提起公诉和出庭支持公诉活动的公正性。三是我国的检察机关与公安机关的关系也不同于大陆法系的检警关系。在大陆法系国家,大多实行检警一体化的模式,警察的侦查工作一般由检察官指挥或者直接参与。在这种情况下,如果侦查机关非法取证,检察机关也难以摆脱干系而不可能进行非法证据排除。而在我国,除了贪污贿赂、渎职等自侦案件以外,检察机关对其他刑事案件既没有侦查的权力,也不领导或者指挥侦查机关进行侦查。对于侦查机关取证合法性的审查,检察机关完全有条件做到客观公正,排除侦查阶段取得的非法证据。实际上,我国的审查起诉阶段形成了一个“小三角”的诉讼结构,即侦查机关与犯罪嫌疑人处于两造、平等对抗,检察机关居中作出是否排除非法证据、是否提起公诉的裁断。当然,对于自侦案件来说,尽管检察机关内部自侦部门与公诉部门是分开的,也存在一定程度上的分工负责、互相配合和互相制约的关系,但由于受检察一体化体制的影响,对这部分案件的非法证据排除存在着一定的局限性。此外,非法证据排除工作提前到审查起诉阶段进行,比在法庭审判阶段进行,更能节约诉讼成本,符合诉讼经济原则。

现在法律界人士对上述非法证据排除主体模式有两种不同看法。一种主张检察机关在审查起诉阶段不搞非法证据排除而由法院在审前程序中进行。笔者认为这是简单移植西方的不妥看法,不符合中国国情。即使我国法院对非法证据排除程序作出进一步改革,改变“一身两任”的做法,检察机关仍然应当承担排除非法证据的职责,并应当在刑事诉讼法再修改时加以明确规定;另一种认为侦查机关也应与审判机关、检察机关同样列为非法证据排除主体,此种主张由于侦查机关的要求而可能影响立法。笔者却颇不以为然。因非法证据乃指侦查机关以非法手段收集之证据,自我排除违法所得的证据,不仅极为困难,而且违反了公、检、法三机关互相制约的原则。侦查机关自己放弃对非法证据之使用应该提倡,但侦查机关成为法定的排除主体,则有待商榷。

### (三) 检察机关在审查起诉中排除非法证据的运作

《非法证据排除规定》只规定了庭审阶段中非法证据的排除程序,而对检察机关在审查起诉阶段如何排除非法证据,则没有进行规范,刑事诉讼法再修改也不可能对此作出具体规定。这势必使检察机关难以操作,影响对该项规则的有效贯彻执行。有鉴于此,笔者试图参照《非法证据排除规定》中关于法庭排除非法证据程序的有关规定,<sup>[1]</sup>对检察机关审查起诉中排除非法证据的具体程序作如下的设计,以供参考。

#### 1. 当事人申请

根据刑事诉讼法第139条的规定,人民检察院审查案件,应当讯问犯罪嫌疑人,听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。因而在审查起诉阶段,非法证据排除程序通常是从讯问犯罪嫌疑人,听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见等诉讼活动而开始启动的。检察人员讯问犯罪嫌疑人时,犯罪嫌疑人有权反映其在侦查阶段曾被非法取证并提出排除非法证据的申请(书面或口头)。对于犯罪嫌疑人的这一重要权利,检察机关应当在讯问犯罪嫌疑人时主动向其告知。因为非法证据排除是一项专业性极强的工作,公众对其知之甚少;在审查起诉阶段,检察机关进行权利告知则是犯罪嫌疑人充分了解这一权利的重要途径。告知权利后,如果犯罪嫌疑人提出其在侦查阶段所作供述是非法取得的并申请排除该证据,检察机关应当要求其提供涉嫌

[1] 根据《非法证据排除规定》第4—11条的规定,法庭审理中非法证据排除的程序大致是:1. 被告人及其辩护人提出审判前的被告人供述是非法取得的意见;2. 法庭要求被告人及其辩护人提供涉嫌非法取证的线索或者证据;3. 法庭经审查认为被告人审判前供述取得的合法性有疑问的,要求公诉人提供证据证明其取得的合法性;4. 对被告人审判前供述的合法性,公诉人不提供证据加以证明,或者已提供的证据不够确实、充分的,该供述不能作为定案的根据。

刑讯逼供等非法取证的人员、地点、时间、方式、内容等相关线索或者证据。在听取辩护人意见时,辩护人也可以提出非法证据排除的申请,检察机关亦应当要求其提供相关线索或者证据。被害人及其委托的人也有权提出被害人陈述是侦查机关以暴力、威胁等非法方法收集的意见并申请予以排除,检察机关同样应当要求其提供相关线索或者证据。

关于当事人及其委托的人提出排除非法证据的意见时应当提供涉嫌非法取证的相关线索和证据,这究竟为权利抑或为义务,刑事诉讼法再修改应如何规定,法律界存在争论,笔者持义务说。因为非法证据排除的申请者如不提供任何线索和证据,检察机关和法院难以着手审查,并会导致当事人对此项申请权利的滥用。对此问题笔者曾撰文详予论述,<sup>〔2〕</sup>此处不赘。

## 2. 对申请的审查

在犯罪嫌疑人或者其辩护人、被害人或者其委托的人提出申请后,检察机关应对他们的申请进行审查。对于明显没有根据或者不可能存在非法取证的,检察机关应直接予以驳回;对于有线索或者证据表明存在刑讯逼供等非法取证可能的,则应当正式开展审查。另外,即使犯罪嫌疑人、被害人及其委托人都没有提出排除非法证据的要求,如果检察机关发现侦查机关所移送的证据材料的合法性存在疑问,也可以依职权主动进行审查。

## 3. 对证据合法性的正式审查

首先,检察机关应当要求侦查机关提供证据证明其取证的合法性,例如讯问笔录、原始的讯问过程录音录像、出入看守所的健康检查记录、看守人员的谈话记录和侦查机关、侦查人员对讯问过程合法性的说明等证据。必要时检察机关可通知讯问时其他在场人员或者其他证人作证;或者直接通知讯问人员对犯罪嫌疑人供述的合法性予以说明。至于对被害人陈述、证人证言的合法性提出质疑的,检察机关同样应要求侦查机关提供证据对取得的合法性予以证明。

其次,检察机关不仅要求侦查机关提供取证合法的证据,必要时还应当自己主动查证。因为根据刑事诉讼法第140条的规定:“人民检察院在审查起诉时,对于需要补充侦查的,可以退回补充侦查,也可以自行侦查。”既然可自行侦查,补充收集证据,自然有权对侦查机关移送来的证据的合法性,自行调查核实,认定其是否为合法收集的证据。

## 4. 决定程序

检察机关经上述审查程序后,应当认定被审查的证据是否属于应予排除的非法证据,并作出相应决定。参照《非法证据排除规定》第11条的规定:“对被告人审判前供述的合法性,公诉人不提供证据加以证明,或者已提供的证据不够确实、充分的,该供述不能作为定案的根据”,侦查机关向检察机关提供的证明证据合法的证据应达到确实充分的程度。但笔者认为此证明标准与有罪证据标准相同,要求过高,不太现实,建议在刑事诉讼法再修改时改为达到较大证据优势,即如果侦查机关对合法取证的证明达到了较大证据优势的程度,检察机关应认定该犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言的合法性,并作出不予排除的决定;若侦查机关的证明没有达到较大优势的程度,检察机关就可以做出对该供述、陈述、证言予以排除的决定,这些被排除的证据不得作为提起公诉的根据。

在审查起诉中,涉嫌非法取得的证据被排除后,应当要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证,必要时人民检察院也可以自行调查取证,或者依法退回侦查机关补充侦查。案件重新调查取证或退回补充侦查后,若检察机关仍然认为对犯罪嫌疑人提起公诉的证据不足,未达到确实、充分的程度,检察机关应当作出不予起诉的决定。质言之,通过刑事诉讼再修改进一步确立审查起诉阶段非法证据排除程序是一项富有中国特色的保障人权的重要举措,对于提高程序正义价

〔2〕 参见陈光中:《刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨》,《中国法学》2010年第6期。

值、防止非法证据进入审判程序、避免因采纳非法证据而导致冤假错案的发生都具有重要作用。在审查起诉中,检察机关理应承担起对于刑讯逼供等非法取证行为防范、控制和纠正的职责,认真做好非法证据排除工作,从而为保证提起公诉、支持公诉质量,实现审判公正提供有力保障。

## 二、关于附条件不起诉问题

所谓附条件不起诉,是指人民检察院对于特定案件的犯罪嫌疑人,附条件和附期限地暂时不予起诉,根据被暂不起诉人的表现来决定最后是否不起诉。如果犯罪嫌疑人在检察机关规定的考察期内履行相应的法定义务,则检察机关可以作出不起诉决定;否则,就提起公诉。附条件不起诉是近年来我国逐渐兴起的一项司法改革新举措。

### (一) 附条件不起诉制度的比较考察

放眼域外,随着检察官不起诉裁量权适用范围的逐步扩大和追求的价值目标日益多元化,起诉法定主义的刻板 and 机械,越来越难以适应复杂的公诉实践,不同程度地适用起诉便宜主义成为众多国家和地区的选择。而附条件不起诉正是起诉便宜主义的重要法律表现形式,获得诸多国家和地区的青睐。比较典型的有德国、日本、美国、荷兰、我国台湾、澳门地区等,虽然其称谓不一定相同,如采用“附条件不起诉”、“暂时不予起诉”、“诉讼程序之暂时中止”、“犹豫起诉”、“缓起诉”等,但基本内容是一致的。

在德国,原本实行起诉法定主义,但在上世纪60年代以来,随着犯罪的大幅增长、案件负担过重,使得检察机关的职能发生了巨大的转变,促使起诉制度由起诉法定主义向起诉便宜主义转变。德国刑事诉讼法第153条a关于附条件不起诉的规定,就是起诉便宜主义的典型法律表现。根据该条的规定,如果追究刑事责任对于公共利益没有什么意义或者追究刑事责任的必要性可以通过采取其他惩罚性措施而消除时,检察机关有权决定暂予不起诉。检察机关依照该条规定暂不起诉,必须符合下列条件:(1)犯罪行为必须是轻微犯罪;(2)不能与犯罪嫌疑人所犯罪行的严重性发生冲突;(3)犯罪嫌疑人所要完成的条件和指令必须能够消除如果继续进行诉讼所带来的对公共利益的损害;(4)犯罪嫌疑人必须同意公诉人提出的条件;(5)对于绝大多数案件,检察机关作出不予起诉的决定前,必须征得对案件有管辖权的法院的同意,只有那些行为后果显著轻微尚未受到最低刑罚威胁的案件,检察机关才可以不经法院同意直接作出不起诉决定。<sup>[3]</sup>日本刑事诉讼法第248条规定:“根据犯人的性格、年龄、境遇、犯罪的轻重及情节和犯罪后的情况,没有必要追究犯罪时,可以不提起公诉。”这种以法律的形式公开宣布把起诉便宜主义作为起诉的基本原则,检察官拥有相当大的起诉裁量权是日本公诉制度的一大特色。在美国,检察官也享有一定的不起诉裁量权。“经由立法机关或法院规则授权的一种正式程序,被告人被指控特定的刑事犯罪并符合先前确立的标准,可以暂缓起诉3个月至1年,被置于一个社区改造计划中,如果达到分流程序预设目的,案子就被撤销。”<sup>[4]</sup>

值得注意的是,近二三十年来,随着刑事犯罪的激增,司法资源日趋紧张;同时,由于各国法律文化交流、融合加强,两大法系国家的附条件不起诉制度呈现出共同发展的趋势。其一,检察官行使不起诉裁量权的独立性进一步增强。如德国作为起诉法定主义的典型代表,其检察官行使不起诉裁量权历来被严格限制,主要表现在法官控制和被害人申诉等方面。但近年来法官对

[3] 参见陈光中、[德]汉斯-约格·阿尔布莱希特主编:《中德不起诉制度比较研究》,中国检察出版社2002年版,第119页以下。

[4] [美]伟恩·R·拉费弗、杰罗德·H·伊斯雷尔、南西·J·金:《刑事诉讼法》,卞建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社2003年版,第768页以下。

检察官不起诉裁量权的控制逐渐减弱,相应地检察官独立决定的空间却在不断扩大。其二,检察官不起诉裁量权有逐渐扩大的趋势,不少国家都通过检察制度改革来赋予检察官较为广泛的不起诉裁量权。因而西方国家裁量不起诉率比较高,例如德国1981年—1996年裁量不起诉率在12.3%—19%之间;〔5〕日本2002—2003年裁量不起诉和犹豫不起诉率为33.3%。〔6〕

我国台湾和澳门地区也实行附条件不起诉制度,并且各具特色。台湾地区2002年新修订的刑事诉讼法增设了缓起诉制度。该法第253条规定,缓起诉只能适用于犯罪嫌疑人所犯为死刑、无期徒刑或最轻本刑3年以上有期徒刑以外之罪。对犯罪嫌疑人适用缓起诉时,应综合考量犯罪人本身的事项、犯罪的事项及犯罪后情况,并考虑维护公共利益和适当性。缓起诉的期间为1年以上3年以下。检察官为缓起诉处分者,得命犯罪嫌疑人于一定期间内遵守或履行下列事项:1. 向被害人道歉;2. 立悔过书;3. 向被害人支付相当数额之财产或非财产上之损害赔偿;4. 向公库或指定之公益团体、地方自治团体支付一定之金额;5. 向指定之公益团体、地方自治团体或社区提供40小时以上240小时以下之义务劳务;6. 完成戒瘾治疗、精神治疗、心理辅导或其它适当之处遇措施;7. 保护被害人安全之必要命令;8. 预防再犯所为之必要命令。检察官命犯罪嫌疑人遵守或履行前述第3至第6事项,应征得其同意。在澳门地区,其刑事诉讼法第263条规定了“诉讼程序之暂时中止”:如有关犯罪可处以最高限度不超逾3年之徒刑,即使可并科罚金,又或有关犯罪仅可科罚金,且一定前提条件成立者,则检察院得向预审法官建议,通过对嫌犯施加强制命令及行为规则,暂时中止诉讼程序。这些前提条件包括:被害人同意;嫌犯无前科;不能科处收容保安处分;罪过属轻微;及可预见遵守强制命令及行为规则系足以回应有关案件中所需之预防犯罪要求等。

我国现行刑事诉讼法只规定了法定不起诉、酌定不起诉、证据不足不起诉三种不起诉类型,没有规定附条件不起诉制度。根据刑事诉讼法第142条第2款的规定,酌定不起诉只限于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的案件,条件限制得相当严格,适用空间很有限,导致实践中包括酌定不起诉在内的不起诉比例很低。例如,从2006—2010年全国刑事案件不起诉的情况看,近5年来全国检察机关刑事案件不起诉率还不到3%(见表一)。〔7〕

表一:2006—2010年全国检察机关不起诉案件情况表

年度	起诉总数(人数)	不起诉总数(人数)	不起诉率
2006	999086	7204	0.72%
2007	1082211	27995	2.52%
2008	1143897	29871	2.54%
2009	1134380	33048	2.83%
2010	1148409	29898	2.54%

又如,从2010年北京市各区县检察院不起诉情况〔8〕看,除了个别区县检察院外,酌定不起诉率大约保持在1%左右(见表二)。

〔5〕 参见前引〔3〕,陈光中等主编书,第168页。

〔6〕 参见顾永忠等:《日本近期刑事诉讼法的修改与刑事司法制度的改革》,《比较法研究》2005年第2期。

〔7〕 数据来源于2007—2011年最高人民检察院工作报告。

〔8〕 这是笔者工作中所了解到的第一手材料。

表二：2010年北京市各区县检察院不起诉案件情况表

单位	酌定不起诉率	起诉总数	酌定不起诉情况(人)	单位	酌定不起诉率	起诉总数	酌定不起诉情况(人)
东城院	0.98%	606	6	房山院	0.52%	957	5
西城院	1.67%	998	17	通州院	1.34%	1250	17
崇文院	1.32%	375	5	顺义院	0.98%	1209	12
宣武院	1.20%	329	4	昌平院	1.43%	1925	28
朝阳院	0.92%	4396	41	大兴院	3.84%	1852	74
丰台院	1.59%	2962	48	怀柔院	1.56%	504	8
石景山院	2.14%	550	12	平谷院	0.94%	525	5
海淀院	1.71%	5395	94	密云院	0.54%	550	3
门头沟院	6.81%	219	16	延庆院	4.25%	293	13

为弥补酌定不起诉率过低之不足，近年来我国一些地方的基层检察院纷纷开展了对附条件不起诉制度的试点工作，探索该制度在我国适用的可行模式，取得了良好的社会效果并积累了一定的经验。目前，包括山东省蓬莱市、浙江省宁波市北仑区、北京市海淀区、安徽省池州市、江苏省沭阳县、陕西省礼泉县等地的检察机关，均出台了类似的“附条件不起诉实施细则”。2008年附条件不起诉制度被纳入中央《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》之中。

#### (二) 建立附条件不起诉制度的理念、政策和现实根据

附条件不起诉制度在我国的兴起，并应为刑事诉讼法再修改所确认，这绝非偶然，而有其理念、政策和现实根据。

其一，体现刑法谦抑性的理念。刑法谦抑性是一种基本的刑法理念和刑事政策思想，指导着当代各国刑法改革运动的方向。德国著名法学家耶林曾言：“刑罚如两刃之剑，用之不得其当，则国家与个人两受其害。”〔9〕刑罚的严厉性及其功能局限性决定了刑法应当保持谦抑性。刑法是保护法益的最后手段，只有在运用民事的、行政的法律手段和措施仍不足以抗制时，才能动用刑法手段解决社会冲突。运用刑法手段解决社会冲突，应当具备以下两个条件：第一，危害行为必须具备相当严重的社会危害性；第二，作为对危害行为的反应，刑罚应当具有无可避免性。〔10〕在西方发达国家，刑法谦抑性思想主要是通过非犯罪化、非刑罚化和轻刑化（非监禁化）的刑事政策体现出来的。而刑事诉讼中确立附条件不起诉制度，通过节制公诉权的行使而给予犯罪嫌疑人“再生”机会，把某些符合条件的特定案件在起诉环节消化掉，减少动用刑罚手段，避免刑罚带给加害人的标签效应，有利于对他们的教育改造，可以说契合了非犯罪化、非刑罚化和轻刑化的世界潮流，体现了刑法的谦抑性理念。

其二，贯彻宽严相济刑事政策的需要。宽严相济刑事政策是我国的一项基本刑事政策。贯彻宽严相济刑事政策，要根据犯罪的具体情况，实行区别对待，做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪，打击和孤立极少数，教育、感化和挽救大多数，最大限度地减少社会对立面，促

〔9〕 转引自林山田：《刑罚学》，台湾商务印书馆1983年版，第127页。

〔10〕 一般来说，具有下列三种情况之一的，就说明不具备刑罚之无可避免性：（1）无效果。所谓无效果，就是指对某一危害行为来说，即使规定为犯罪，并且处以刑罚，也不能达到预防与抗制之效果。（2）可替代。所谓可替代，就是指对于某一危害行为来说，即使不运用刑罚手段，而运用其他社会的或者法律的手段，也足以预防和抗制。（3）太昂贵。所谓太昂贵，是指通过刑罚所得到的效益要小于其所产生的消极作用。参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2004年版，第7页。

进社会和谐稳定,维护国家长治久安。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》明确要求:“正确把握起诉和不起诉条件,依法适用不起诉。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、未成年人犯罪、老年人犯罪以及亲友、邻里、同学同事等纠纷引发的案件,符合不起诉条件的,可以依法适用不起诉,并可以根据案件的不同情况,对被不起诉人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失。”实行附条件不起诉,可以说正是宽严相济刑事政策从宽一面的重要体现。

其三,符合诉讼经济原则。当前我国刑事司法面临的一个突出问题是刑事案件数量的大幅增长与司法机关人力、财力资源严重不足的矛盾,以及伴随而来的人民群众对司法公正、效率的强烈诉求与不尽理想的现实状况的矛盾。而要解决这些矛盾,以推动司法公正的实现和司法资源的优化配置,构建可对刑事案件进行繁简、难易分流的程序机制无疑是其中一个非常重要的办法。附条件不起诉制度,正可以实现审前分流案件,在起诉环节就最终处理了一部分案件,从而减少审判的负担,使人民法院可集中更多的力量放在重大复杂的刑事案件处理上,既有利于保障审判质量,又符合诉讼经济原则。

其四,有利于实现司法和谐。实行附条件不起诉制度,所附条件通常会考虑被害人需要精神抚慰和经济赔偿,如加害人通过书面悔过、向被害人道歉、作出赔偿或者给予被害人适当的补偿等方式,双方达成谅解或和解,有助于消除被害人和加害人之间的对立、紧张关系,使犯有轻罪的人能以自己的悔改态度和积极表现重返社会,这无疑有利于增强当事人之间对纠纷处理结果的认同,更好地修复被损害的社会关系,促进纠纷的彻底解决,减少不必要的上诉和申诉,从而增进社会和谐因素。例如,北京市海淀区人民检察院2008年试行附条件不起诉的11起案件,双方当事人达成和解,被害人遭受的损害通过赔偿、道歉等方式得以弥补,被破坏的社会关系得到修复。<sup>[11]</sup>

其五,是公诉权与审判权的适度调整。附条件不起诉在我国基层检察机关甫一试点,就引发社会热议,质疑之声时有所闻。其中最主要的质疑就是:实行这种不起诉制度侵犯了“法院审判权”。即认为附条件不起诉实际上就是把原来该由法院处理的案件改由检察院不起诉。笔者认为,此论有一定道理,却并非尽然。实行附条件不起诉不是法律上的定罪,而是起诉裁量权的一种具体体现,只有起诉后才涉及法院定罪的问题。定罪权由法院行使,这是现代法治国家通行的原则,然而,对构成犯罪但依照法律规定不需要判处刑罚的案件不起诉,也是一种较普遍的做法。我国刑事诉讼法第12条规定:“未经人民法院判决,对任何人都不得确定有罪。”这是对国家定罪权严肃性、法定性的表达,是定罪在程序上的根本性要求。而附条件不起诉对犯罪嫌疑人经考察后作出不起起诉决定,其在法律上不认为是罪犯,这与上述第12条规定并不冲突。检察机关通过附条件不起诉的方式使一部分犯罪嫌疑人不再进入审判程序,实质上是起诉裁量权的合理拓展,有助于增强起诉的灵活性并减轻法院的讼累。而且附条件不起诉的适用对象虽然在实质上构成犯罪,但在法律上不予定罪,即使在某种意义上可以认为是审判权的有限分流和部分授权,但这对于实现刑事司法职权的优化配置,有效贯彻宽严相济政策,确保案件得到合理处理,都是具有重要意义的。因而从某种意义上说,附条件不起诉与其说是对审判权的分割,不如说是公诉权与审判权的适度调整。此外,尚需注意的是,附条件不起诉不同于1979年刑事诉讼法规定的免于起诉制度。免于起诉实际上是一种认定被告人有罪但免于向法院起诉的终止诉讼的处理决定,带有实体裁判性质,有违控审分离和法院定罪的原则,造成了一定的负面影响。也正是基于这个

[11] 参见北京市海淀区人民检察院公诉课题组:《附条件不起诉制度实证研究》,《国家检察官学院学报》2009年第6期。

原因，1997年刑事诉讼法修改时废除了免于起诉制度。

### (三) 附条件不起诉的立法设计及运作

#### 1. 附条件不起诉的立法设计

关于附条件不起诉的立法设计，刑法学界不少学者进行了研究，并纷纷提出了立法建议稿；一些地方的检察机关在试点过程中也积极探索，陆续出台了“实施办法”或者“实施细则”等文件。这些立法建议稿和文件对附条件不起诉的概念、适用对象、适用条件、所附条件的内容、考验期限和程序等内容作了详细而具体的规定，为附条件不起诉制度的设立提供了重要的参考。

当此刑事诉讼法再修改之际，笔者参考国外附条件不起诉的立法例，并结合我国各地试点经验，本着积极稳妥推进改革的精神，试提出如下立法建议：附条件不起诉适用于犯罪嫌疑人涉嫌刑法第四章（侵犯公民人身权利、民主权利罪）、第五章（侵犯财产罪）所规定的犯罪，可能判处1年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金，犯罪情节轻微的案件；对于未成年人、75岁以上老年人以及聋、哑、盲人和限制行为能力人，可放宽至可能判处3年以下有期徒刑的案件。关于附条件不起诉的考验期限，可以设计为3个月至6个月，考验期满，人民检察院正式作出不起诉的决定。人民检察院在做出附条件不起诉决定时，可以命令犯罪嫌疑人具结并履行如下义务：（1）书面悔过；（2）向被害人道歉；（3）对被害人的损失做出经济赔偿或者以其他方式给予被害人适当补偿；（4）不得侵扰被害人、证人、被害人家属；（5）向指定的公益团体支付一定数额的财物或者提供一定时间的公益劳动。人民检察院认为必要时，可以命令被不起诉人禁止出入特定场所。考验期间，犯罪嫌疑人的行为符合所附条件的，考验期满，就做出不起诉决定。如果违反以上命令，人民检察院可以视情节轻重给予警告处分或者撤销附条件不起诉决定并提起公诉。如果被不起诉人在考验期内故意犯罪，人民检察院应当撤销附条件不起诉决定，旧罪新罪一并提起公诉。

#### 2. 附条件不起诉运作应注意的问题

第一，一般要求案件事实清楚、证据确实充分。附条件不起诉本是应诉而裁量不诉，所以其前提是在事实和法律上已构成犯罪。对于案件事实不清，证据未达到确实、充分程度的案件，原则上不应适用附条件不起诉。要特别注意不能用“和稀泥”或者“下台阶”的方式把不构成犯罪的情形作附条件不起诉来处理。从目前检察机关试点附条件不起诉的情况看，附条件不起诉大都是适用于案件事实清楚、证据确实充分的轻微刑事案件。如《福州市人民检察院关于开展附条件不起诉工作的指导意见（试行）》第3条明确规定：“附条件不起诉，一般应在犯罪嫌疑人犯罪事实清楚，证据确实、充分，可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件中有选择地适用。”之所以用“一般”表述是由于有个别案件犯罪嫌疑人始终诚心认罪，证据稍欠充分，实行附条件不起诉，最后实际上是作无罪处理，不至于发生副作用。如在“熊某故意伤害案”中，犯罪嫌疑人熊某因家庭纠纷与其姑熊某某发生冲突，在拉扯过程中造成熊某某面部受伤。案发后，熊某真诚认罪并两度鞠躬向熊某某道歉，熊某某也表示不再追究熊某的法律责任。审查起诉时，公诉人发现本案存在3份不同的伤情鉴定意见（2份鉴定为轻伤，1份鉴定为轻微伤），认定熊某轻伤的证据只能达到接近确实、充分。对这种案件作附条件不起诉处理，应当说不至于发生副作用，而且能更好地实现法律效果与社会效果的统一。

第二，应与当事人和解相结合。当事人和解应当贯穿于刑事诉讼的整个过程之中，如同联合国有关文件规定的恢复性司法可适用于刑事司法的任何阶段。<sup>〔12〕</sup>在公诉阶段贯彻刑事和解精神

〔12〕 联合国预防犯罪和刑事司法委员会第11届会议于2002年通过的《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》第6条规定：“在不违反本国法律的情况下，恢复性司法方案可在刑事司法制度的任何阶段使用”。恢复性司法与当事人和解，尽管表现形式略有不同，但精神基本上是一致的。

的重要途径之一就是实行附条件不起诉制度。要把实行附条件不起诉制度与加强当事人和解结合起来。在加害人以赔偿、道歉等方式与被害人及其亲属达成谅解协议，且符合其他法定条件的情况下，检察机关就可作出附条件不起诉决定。这样做能弥补常规的刑事案件处理方式忽视被害人意愿的不足，有效解决诉讼纠纷，切实减少申诉、上访现象，促进社会和谐安定。

第三，应当与犯罪嫌疑人的社会调查制度相结合。我国目前的社会调查制度主要是针对未成年人的特殊社会调查制度，即以未成年人一贯表现情况为调查对象，着重对未成年犯罪嫌疑人、被告人的性格、特点、家庭环境、社会交往、成长经历等基本情况进行调查并形成报告，作为刑事诉讼中办理案件的重要参考。未成年人社会调查报告中所提供的未成年犯罪嫌疑人、被告人的一贯表现、犯罪行为特征等相关内容，能在一定程度上反映其人身危险性以及再社会化的有关情况。将未成年人社会调查报告作为刑事诉讼中办理案件的重要参考，对于更好地教育、感化和挽救失足的未成年人，保障其权利、实现量刑公正和促进社会和谐，都具有积极的意义。《联合国少年司法最低限度标准规则》第16条明确规定：“所有案件除涉及轻微违法行为的案件外，在主管当局作出判决前的最后处置之前，应对少年生活的背景和环境或犯罪的条件进行适当的调查，以便主管当局对案件作出明智的审判。”笔者认为，目前主要针对未成年人的社会调查的适用范围应当扩大，宜放宽到所有可适用附条件不起诉的犯罪嫌疑人。换言之，检察机关在作出附条件不起诉决定之前，可事先对犯罪嫌疑人之性格特点、家庭情况、社会交往以及有无帮教条件等情况进行社会调查，再酌情考虑是否对其适用附条件不起诉。

第四，要建立附条件不起诉的监督机制。为了确保附条件不起诉制度的规范运行，做到附条件不起诉不被随意滥用，应建立附条件不起诉的监督机制。在这方面日本有值得借鉴的成功经验。日本的检察官有较大的不起诉裁量权，为防止检察官对此项权力的滥用，日本创立了检察审查会制度，审查会的成员来自于民间，审查会发现检察官作出不起起诉处分（包括起诉暂缓）不当的情况，经审查可作出“不起诉处分不当”的决议，此种决议原来不具有强制性效力，后经改革赋予其法律强制力，案件必须决定起诉。<sup>〔13〕</sup>根据我国的现实情况，应当将附条件不起诉纳入人民监督员的监督范围并加强监督力度，通过公开听证监督、个案汇报监督、综合考察监督等多种监督形式，以达到充分听取民众意见，努力实现不起诉裁量合法性、合理性、合情性相统一的效果。例如，四川省简阳市检察院在探索开展附条件不起诉创新工作中，为了确保依法正确行使不起诉裁量权，提升执法办案公信力，引入了人民监督员制度，取得了良好效果。<sup>〔14〕</sup>

### 三、关于量刑建议问题

#### （一）我国全面开展量刑建议试点工作

近年来，随着我国公诉制度改革的稳步推进以及人民法院量刑程序规范化的试行，量刑建议制度开始进入人们的视野。量刑建议作为检察机关积极推进的一项重要改革举措，对于制约量刑裁量权，促进司法公正，完善刑事审判程序，提高诉讼效率以及提高公诉人员的素质，都具有重要的意义。对于量刑建议制度，我国检察机关从1999年开始就在司法实践中进行了积极的探索，积累了一定经验，取得了较好效果。2005年6月，最高人民检察院下发了《关于进一步加强公诉工作强化法律监督的意见》，明确要求各级检察机关“积极探索量刑建议制度”，“要在总结一些地方探索量刑建议经验的基础上，进一步积极稳妥地开展量刑建议试点工作”。之后，最高人民

〔13〕 关于检察审查会制度，详见甄贞等：《检察制度比较研究》，法律出版社2010年版，第402页以下。

〔14〕 参见刘竞宇、陈珍建、刘德华：《四川简阳试行代表委员对拟不起诉案件听证制度化化解社会矛盾》，《检察日报》2010年4月19日。

检察院指定上海市人民检察院等 11 个检察院在所辖区域内开展量刑建议试点工作。2010 年 2 月，最高人民检察院又制定了《人民检察院开展量刑建议工作的指导意见（试行）》（以下简称《指导意见（试行）》），要求各级人民检察院“结合公诉工作实际，精心组织开展这项工作。各地推行量刑建议制度要坚持慎重稳妥、稳步推进的原则”。《指导意见（试行）》的颁布，标志着量刑建议制度作为检察改革的一项重要内容，开始走上了规范化的轨道。同年 9 月，根据中央关于司法体制和工作机制改革的意见，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》（以下简称《意见》）。根据这个文件，最高人民检察院进一步要求全国各级检察机关积极推进量刑规范化改革，全面开展量刑建议工作。

## （二）量刑建议的价值蕴含

近年来我国普遍开展的量刑建议试点工作及其取得的成效，有力地表明了确立这一制度的价值和现实意义。

1. 有利于实现量刑公正。公诉人提出量刑建议，引起被告人及其辩护人的量刑答辩，可以帮助法官全面了解案情，掌握影响量刑的各种法定和酌定情节，真正做到“兼听则明”，而且量刑建议是公诉机关向法庭提出的正式意见，成为合议庭量刑的一个重要参考因素，也是合议庭向审委会汇报时的一个具有法律效力的正式依据。这无疑有利于人民法院做出更加明确而公正的裁判，更好地实现量刑的实体公正，防止出现案情基本相同而量刑迥异的不公现象。此外，实行量刑建议制度，强化了对审判机关量刑活动的监督制约，制约法官在行使自由裁量权时的随意性，有助于提高案件质量。与此同时，相对独立的量刑程序的设置，使得量刑活动纳入法庭审理程序，量刑程序的公开性增强，控辩双方以及其他与量刑有关的主体都能够参与量刑活动，发表量刑意见或建议，也有利于实现量刑程序的公开和公正。

2. 有利于实现有效辩护。保障被告人获得有效的辩护，不仅关系到其合法权益的维护，而且关系到司法公正的实现。其中，作为刑事辩护重要组成部分的量刑辩护，其能否有效实现对于维护被告人合法权益和实现量刑公正都具有重要意义。众所周知，量刑辩护是对控诉方量刑建议的回应，量刑辩护主要是针对量刑建议而存在的。辩方要实现有效的量刑辩护，公诉方提出明确的量刑建议则是重要的前提和基础。实现量刑建议制度，公诉人提出明确的量刑建议，在一定程度上拓展了被告人参与刑事诉讼的空间，特别是在被告人认罪的案件中，能让辩方尽早知悉公诉机关提出的量刑建议的主张和理由，有利于充分做好量刑辩护准备工作，并在法庭上就量刑问题发表辩护性意见并与公诉机关进行辩论，这无疑是对被告人辩护权利的保障。

3. 有利于提高诉讼效率。在法庭审判中，公诉人提出量刑建议，从而引发控辩双方就量刑问题的辩论，法院在此基础上做出量刑裁判并进行充分的量刑说理，不仅能增强量刑的公开性、透明性和公正性，而且也能提高当事人对量刑裁判的接受度，更容易从心理上认同接受裁判结果，真正服判息诉，实现案结事了，减少不必要的抗诉、上诉或申诉，从而提高诉讼效率，节约司法资源。例如，浙江省宁波市北仑区人民检察院试行量刑建议 6 年来，取得了良好的效果，上诉率和翻供率都明显下降。据北仑检察院统计，量刑建议实施后（2003 年 7 月至 2009 年 3 月）和量刑建议实施前（2003 年 1—6 月）相比，上诉率由 16.4% 下降为 5.3%，翻供率也由 21.1% 下降为 7.4%。<sup>[15]</sup> 再如，四川省彭山县检察院 2008 年全面开展量刑建议以后，判处实刑的比率上升了 9%，上诉率反而下降了 48%。<sup>[16]</sup> 而且由于检察机关的量刑建议，审判人员事先有了量刑的参考，被告人、被害人也有心理准备，提高了当庭宣判率。

[15] 参见袁爽：《宁波北仑检察院首试“求刑权”让量刑更透明》，载中国新闻网 <http://www.chinanews.com/gn/news/2009/06-12/1732472.shtml>，2011 年 3 月 12 日访问。

[16] 参见雷秀华、余春华：《四川省检察机关量刑探索》，《国家检察官学院学报》2009 年第 5 期。

4. 有利于提高公诉能力和水平。公诉权的内容理应包括定罪请求权和量刑请求权两方面。在法庭审判中, 公诉人提出确实充分的证据证明被告人的犯罪事实并要求法官根据指控定罪, 这是定罪请求, 而要求法官在认定犯罪的基础上对被告人公正处刑则是量刑建议。公诉人将二者都向法官明确提出才算完全实现了自己对案件的公诉职责。以前, 由于公诉人不需要提出量刑建议, 因此将注意力集中在涉及定罪问题上, 而对于相关的量刑情节没有给予足够的重视, 完全交由法官去裁量。而实行量刑建议制度, 检察机关当庭提出明确的量刑建议, 进一步彰显了公诉机关的控诉职能, 对检察机关的公诉能力和水平也提出了更高要求。正如有的量刑建议试点检察机关所感悟的“量刑建议对审查起诉工作提出了更高的要求, 要求承办人在常规办案基础上更加突出了对案件的综合分析及说理能力, 拓宽了把握案件全局的视野, 同时量刑建议工作……进一步调动了承办人的工作责任心, 案件审查质量得到明显提高, 同时也促进了公诉职能的发挥。”〔17〕

### (三) 量刑建议的运行机制

量刑建议制度作为一项创新的改革举措, 要使其在司法工作中发挥最大的功效, 必须构建一个科学、可行的运行机制, 具体来说, 主要包括以下几个方面的内容。

#### 1. 量刑建议的主体

量刑建议的主体问题, 也即谁有能力和权利向法院提出量刑建议。笔者认为, 量刑建议权是公诉权的重要组成部分, 而公诉权又是由检察机关独家行使的, 故而量刑建议的权力主体应当是提起公诉的检察机关, 在法庭上发表量刑建议的主体只能是公诉人。当然, 在法庭审理过程中, 被害人(作为控方的当事人)及其诉讼代理人有权提出量刑主张, 被告人及其辩护人针对公诉人的量刑建议和被害人及其诉讼代理人的量刑主张, 也有权提出自己的量刑意见, 但这与公诉人代表国家公诉机关提出量刑建议在性质上是不同的。

#### 2. 量刑建议的案件范围

对于量刑建议的案件范围问题, 当前法律界的认识很不一致。有的主张所有公诉案件都可以提出量刑建议; 有的则主张应按照案件的不同情况分别处理, 如控辩双方对定罪的事实、证据没有争议的案件应当提出量刑建议, 反之则不宜提出量刑建议; 对于被告人认罪的案件和适用简易程序的案件, 应当充分行使量刑建议权等等。

笔者认为, 从理论上说, 检察机关在提起公诉的所有案件中都可提出量刑建议, 而不应局限于某一类或者按照某种程序审理的案件。因为量刑建议权作为公诉权的有机组成部分, 原则上不应当放弃。但是, 实行量刑建议制度目前尚处于探索阶段, 涉及面广, 情况较为复杂, 从现实的角度考虑, 检察机关开展量刑建议工作还是要坚持积极、慎重、稳妥推进原则, 由易到难, 边实践边总结边规范, 可重点从适用简易程序案件、被告人认罪案件、未成年人犯罪案件以及有丰富实践经验的常见罪名(如盗窃、诈骗、抢劫等)案件入手, 以提高量刑建议的质量和效果。对于认定事实、法律适用有重大分歧的案件以及缺乏司法经验的新类型案件, 提出量刑建议应当采取慎重的态度, 要在取得经验并经认真调研论证的基础上, 逐步扩大适用范围, 推动量刑建议全面开展。

#### 3. 量刑建议的方式

从目前各地试点情况看, 量刑建议的方式主要有以下三种: 一是概括的量刑建议, 即在指明量刑应适用的刑法条款的基础上, 仅提出从重、从轻或减轻处罚等原则性建议; 二是相对确定的量刑建议, 即在法定刑幅度内提出有一定幅度的量刑意见; 三是绝对确定的量刑建议, 即提出的量刑意见没有幅度, 明确提出应判处的刑种及确定的刑罚, 如提出判处无期徒刑、死刑的意见。

笔者认为, 检察机关提出量刑建议的方式, 宜以相对确定的量刑建议为主、绝对确定的量刑

〔17〕 参见《石景山区人民检察院量刑建议试点工作报告》(2008年9月1日)。

建议和概括的量刑建议为辅。也就是说,量刑建议在一般情况下应当具有一定幅度。因为概括性的量刑建议一般只能表达检察机关的原则性量刑意见,内容不明确、具体,不仅难以对量刑裁判权形成有效的监督制约,而且让辩护方的量刑答辩没有明确目标,难以发挥应有的作用。但在许多情况下,要提出绝对的量刑建议又存在不少困难,特别是在某些案件中,犯罪嫌疑人在检察机关认罪态度不好、避重就轻,而到审判阶段又表示认罪伏法,甚至积极赔偿等,这些酌定量刑情节的出现极易造成量刑建议与法院判决的不一致。故而提出绝对确定的量刑建议存在较大的局限性。尽管量刑建议与法院判决结果不一致是一种正常现象,但量刑建议采纳率往往被认为是衡量公诉人业务能力的标志,因而一旦量刑建议不被法院采纳,有可能会引发检察机关的抗诉。为尽力避免这种现象的出现,检察机关提出相对确定的量刑建议不失为一种较好的解决办法。当然,根据案件具体情况,如确有必要,也可以提出绝对确定的量刑建议,如对于罪行极其严重、非杀不可的犯罪分子,可以提出判处死刑的绝对确定的量刑建议。

还应当指出,不论哪一种量刑建议方式,量刑建议应尽量以书面方式提出并说明具体理由,以便于辩方据此提出量刑辩护意见,也有利于说服法官采纳量刑建议。

#### 4. 量刑建议的时机

量刑建议的时机是指检察机关应在哪个诉讼环节提出量刑建议。当前主要有以下几种观点:第一种认为,量刑建议应当在检察机关审查起诉结束、向法院提起公诉时提出。第二种认为,量刑建议应当在法庭调查之后、法庭辩论之初提出。第三种认为,量刑建议应当区分不同情况作出规定,例如按照犯罪嫌疑人是否认罪来区分,犯罪嫌疑人认罪、事实比较清楚的,在起诉时提出;否则在法庭辩论阶段发表公诉词时提出。<sup>〔18〕</sup> 最高人民检察院制定的《指导意见(试行)》第14条规定:“公诉人应当在法庭辩论阶段提出量刑建议。”实际上是采纳了第二种观点。

笔者认为,提出量刑建议的时机应当区分情况而定。对于犯罪事实清楚、证据确实充分,被告人认罪的案件,为了保障被告人的辩护权、提高诉讼效率和节约司法资源,检察机关宜在提起公诉时提出量刑建议。这类案件在司法实践中占多数。对于被告人全部或部分不认罪的案件,量刑建议可以在法庭辩论阶段提出。因为这类案件,在证据事实认定和法律适用上,控辩双方肯定存在较大分歧,只有经过法庭调查,控辩双方对对方出示的证据进行了充分的质证,被告人的犯罪事实、量刑情节已经基本上显现出其本来面目,此时提出量刑建议,比较客观、准确,易为法官接受。同时,由于有接下来的法庭辩论阶段,辩方仍有机会对检察官的量刑建议提出异议,为己方的合法权益进行辩论。

#### 5. 量刑建议的修正

案件的审理过程充满着变数,量刑建议决策于开庭之前,难免会有一部分不符合法庭调查后查明的事实,而需要加以修正。案件事实和相关证据发生了变化,量刑建议随之修正也是在所难免的。在法庭审理中,如果公诉人发现案件情况发生变化,需要变更量刑建议的,应如何操作?关于量刑建议的修正,《指导意见(试行)》第17条、第18条作了规定,即“在庭审过程中,公诉人发现拟定的量刑建议不当需要调整的,可以根据授权作出调整;需要报检察长决定调整的,应当依法建议法庭休庭后报检察长决定。出现新的事实、证据导致拟定的量刑建议不当需要调整的,可以依法建议法庭延期审理。”“对于人民检察院派员出席法庭的案件,一般应将量刑建议书与起诉书一并送达人民法院;对庭审中调整量刑建议的,可以在庭审后将修正后的量刑建议书向人民法院提交。”笔者认为,以上规定基本上是合理可行的。

最后,笔者还有必要指出,人民法院量刑程序和人民检察院量刑建议的试点表明:中国如何

〔18〕 参见朱孝清:《论量刑建议》,《中国法学》2010年第3期。

实行量刑程序（包括量刑建议），认识很不一致，经验尚欠成熟。这种情况下，此次刑事诉讼法再修改估计难以对此作出具体规定。但笔者认为，应当在一审审判程序中对量刑程序作出原则性的规定，如规定：“人民法院审判第一审案件，公诉人可以提出量刑建议，法庭认为有必要时可以通过独立程序对有关被告人量刑的事实和法律问题进行调查和辩论。”以使目前法院、检察院量刑程序试点工作合法化，推进此项改革工作的进一步发展。

---

---

**Abstract:** With the gradual deepening of China's judicial reform, the revision of Chinese Criminal Procedure Law is on going. It is necessary to reform the existing public prosecution system to make the criminal prosecution ruled by the law further. The reform of our public prosecution system must have the following three important aspects.

Firstly, the exclusionary rule should be put into practice. In the process of examination and prosecution, the establishment of the exclusionary procedure has an important effect on improving the value of procedural justice, eliminating the illegal evidence from the trial process, and avoiding the occurrence of miscarriages of justice. It is an important feature of Chinese prosecution system that the procuratorial organ has a duty to exclude illegal evidence in the process of examination and prosecution.

Secondly, the conditional non-prosecution system should be established. Compared to the doctrine of prosecutive discretion, the doctrine of conditional non-prosecution is more important and favored by many countries and districts. It should also be recognized by the revision of the Criminal Procedure Law to carry out the criminal policy of tempering justice with mercy, maintain the modesty of the criminal law, reflect the economy of litigation, and promote social harmony and stability. Legislation should confirm reasonably the scope and the test period of the conditional non-prosecution system.

Thirdly, the sentencing suggestion system should be created. As an important part of the prosecution system, the sentencing suggestion system has considerable universality in today's criminal justice practice in the world and should also be adopted by our country. It helps to achieve the justice of sentence and the effectiveness of defense, and can improve the efficiency, capacity and level of public prosecution. We must build a scientific and feasible operative mechanism to make sure the sentencing suggestion system, an innovative reform initiative, has maximum effect in the administration of justice.

**Key Words:** reform of the public prosecution system, the exclusion of illegal evidence, conditional non-prosecution, sentencing suggestion

---

---