

公安撤回案件程序的理论反思

王天民*

摘要 长期以来,公安撤回案件程序都是审查起诉阶段的第四条道路。特质上,它是一种趋利避害型的隐形规范、互惠协作型的办案模式和政策实施型的诉讼程序。撤回案件程序之所以屡禁不止,归根结底是因为它在职权视域下展现出来的实践理性,即以非正式沟通提升被层级过滤制约的办案效率,以暂缓式处理促进被正当程序掣肘的真实发现,以非刑罚化过滤恢复被刑事犯罪扰乱的法和平。若以权利思维分析,撤回案件程序正在发生功能异化,即致使公诉决定退变为侦查处置,权力失范转嫁为权利受损,“案结事了”滑落为报复性追诉。从相对合理的未来范式出发,理念上应力图实现撤回案件程序的“回归”,路径上需要构建检察主导的开放性模式,规范公安撤回案件的法定程序以及优化司法绩效考核机制。

关键词 审查起诉 撤回案件程序 实践理性 功能异化

引言

我国司法实践中,成为犯罪嫌疑人容易,去掉这一标签困难;开启刑事诉讼活动容易,终结这一程序困难。多年来,一些案件既未撤销又未移送审查起诉,长期搁置,形成“挂案”,学界对此深恶痛绝,法律规范则是多管齐下,意图革除积弊。无论是中共中央印发的《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》,还是最高人民检察院发布的《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》《“十四五”时期检察工作发展规划》等文件,都彰显了我国打击“挂案”的决心,也在“摸清底数,消化存量,杜绝增量,精准监督,推动建立长效机制”的探索中取得不错的成效。以涉企案件为例,最高人民检察院在2022年3月8日的工作报告指出,针对一

* 厦门大学法学院副教授。本文系国家社科基金项目“刑事庭审实质化背景下的积极辩护制度研究”(项目编号:21BFX071)的阶段性研究成果。

些涉企案件长期“挂案”，2019年起最高检会同公安部持续专项清理出9815件，对证据不足、促查无果的，坚决落实疑罪从无，督促办结8707件。

“挂案”的来源，一方面主要是公安机关在侦查阶段既不侦查终结，也不撤销案件；另一方面则是审查起诉阶段，公安机关从检察机关撤回案件后，案件长期处于悬而未决的状态。前者较为常见，相关之探讨也比较丰富；后者较为隐蔽，学界关注并不多，然而正因如此，对其深入研究的重要性愈发凸显。为揭开公安撤回案件程序的“面纱”，下文将围绕其历史发展、显著特征、实践理性、功能异化及未来范式展开论述。

一、作为隐形法的撤回案件程序：历史与特质

1996年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第140—142条就曾明确规定，检察机关对于公安机关移送审查起诉的案件只能有三种处理决定，即补充侦查、起诉和不起诉。然而，司法实践却自发地开辟出了第四条路径，表现形式为“撤回案件”(即撤回移送审查起诉)。〔1〕究其规范性渊源，是1999年最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《高检规则》)第262条之规定：“对于公安机关移送审查起诉的案件，发现犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为的，应当书面说明理由将案卷退回公安机关处理；发现犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为的，应当书面说明理由将案卷退回公安机关并建议公安机关重新侦查。”对于该规定，学界和实务界一般解读为“退处”(即将案件退回公安机关自行处理)，继而认为“撤回案件”的做法是由“退处”之规定衍生而来。〔2〕

(一) 历史梳理

上述两种可以退处的情形随后即被各地的检察规定恣意拓宽，如北京市人民检察院于2006年发布的《关于公安机关撤回移送审查起诉案件若干问题的规定(试行)》不仅列举了六

〔1〕 有学者及实务专家将公安撤回移送审查起诉简称为“撤案”，有人则将“撤案”等同于侦查阶段的撤销案件。为避免混淆，本文统一使用“撤回案件”之表达。关于前者，可参见王立德、李旺成：“透视‘撤案’程序危机 提高法律监督能力——对顺义区近三年公诉阶段公安机关撤回案件的实证研究”，《中国检察官》2006年第2期，第64—68页；刘兆欣、史焱：“三个方面强化公安撤案法律监督”，《人民检察》2011年第15期，第77—78页。关于后者，可参见韩晗：“检察权能新拓：撤案核准的内涵阐释与模式展望——兼论刑事撤案与监察撤案的制度建构”，《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第2期，第100—109页；谢小剑：“刑事诉讼撤案与监察撤案‘二元化’：比较与反思”，《法学》2022年第11期，第121—134页。此外，完整使用“撤回案件”表述的文章有周科楠、李红：“公诉阶段公安机关撤回案件实证研究——以R省检察机关2013年至2015年受理公安机关移送审查起诉案件为样本”，《净月学刊》2016年第5期，第86—91页；聂怀广：“公安机关撤回案件情况分析 with 规范化建议”，《人民检察》2016年第11期，第71—73页；牡丹：“论加强规范公安机关撤回案件检察监督”，《广西政法管理干部学院学报》2021年第6期，第36—40页。

〔2〕 参见杨新京、董丽娟：“审查起诉阶段案件退回公安机关处理之探讨”，《国家检察官学院学报》2007年第3期，第65页；葛琳：“刑事诉讼程序回转现象之反思——以检察院‘退处’和二审法院‘发回重审’为研究范例”，《西部法学评论》2010年第6期，第86页。

种可以建议或同意公安机关撤回案件的情形(“根据刑法规定不负刑事责任,具有《刑事诉讼法》第 15 条规定情形之一,认定犯罪嫌疑人犯罪的主要证据明显不足且客观上不能通过补充侦查弥补,犯罪嫌疑人被取保候审后脱逃长期无法到案,发现犯罪嫌疑人有遗漏重要犯罪事实,取保候审的犯罪嫌疑人取保候审期间涉嫌新的犯罪。”),还提出了“其他由公安机关撤回更有利于侦查和处理的情形”之概括性条款。

随后,立法与解释都尝试改变。首先是 2012 年《刑事诉讼法》第 173 条将“犯罪嫌疑人没有犯罪事实”涵盖至法定不起诉之中;其次是 2012 年《高检规则》通过填补不起诉的适用条件废除了退处之规定,如该规则第 401 条规定,“人民检察院对于公安机关移送审查起诉的案件,发现犯罪嫌疑人没有犯罪事实,或者符合《刑事诉讼法》第 15 条规定的情形之一的,经检察长或者检察委员会决定,应当作出不起起诉决定。对于犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为,需要重新侦查的,应当在作出不起起诉决定后书面说明理由,将案卷材料退回公安机关并建议公安机关重新侦查”。再次是 2018 年《刑事诉讼法》第 177 条和 2019 年《高检规则》第 365 条分别重申针对相关情形应作出不起起诉之决定。

透过简单的历史梳理可以发现,自 2012 年以来,无论是立法态度还是司法解释的意旨,都是希望从根本上废除撤回案件程序。然而事与愿违的是,实践中撤回案件的情形并无明显改善。表 1 显示从 2009 年至 2021 年 13 年间全国审查起诉阶段的公安撤回案件率(公安撤回案件人数在检察机关受案总人数中的占比)在整体上呈现出两大趋势:

一是纵向上,撤回案件人数从总体来看呈现出缓慢上升的趋势,其中以 2015—2021 年表现尤为明显,数据从 21292 人直线上升至 58121 人。撤回案件率与 2012 年之前相比也并未明显下降,甚至有些年份还出现显著上升,比如 2012 与 2013 年的比率超过了 3%,2014 年与 2018—2021 年的比率也超过了 2%,二者都远高于 2009—2011 年的比率。

二是横向上,撤回案件率在每一年的总体水平上略低于不起诉率,但也有个别年份出现了二者极为贴近的情形,如 2013 年的撤回案件率和不起诉率分别为 3.59% 和 3.60%,2019 年的两项比率则分别为 2.16% 和 2.18%。此外,数据中还出现了撤回案件率高于不起诉率的特殊情形,如 2012 年二者分别为 3.26% 和 2.63%,2020 年分别为 2.83% 和 2.47%。^[3]

(二) 特质分析

公安撤回案件缘于未达到起诉标准,具体则表现为“实体不足”与“程序不足”。考虑到 2019 年《高检规则》第 356、357 条已针对部分程序不足做了详细规范,其余之情形一般也都在现有的制度框架内得到合理解决。故而,受主题所限,本文主要聚焦于实体不足的撤回案件问题。

[3] 其中之原因不得而知,有调研显示,不同地区检察机关对公安撤回案件所持之态度,会在某个特定期间极大程度地影响当地的撤回案件率,如某直辖市人民检察院明确要求不得以撤回案件方式处理案件,当年该市的撤回案件率骤然下降,不起诉率则强势反弹,不起诉人数同比增加 67.7%。参见侯晓焱:《进退之间——证据不足不起诉实务研究》,中国检察出版社 2017 年版,第 139 页。

表 1 审查起诉阶段公安机关撤回案件率(2009—2021)〔4〕

年度	撤回案件人数	不起诉人数	受案总人数	不起诉率	撤回案件率
2009	13403	33048	1180831	2.80%	1.14%
2010	21401	29898	1199708	2.50%	1.78%
2011	23735	39754	1264521	3.14%	1.88%
2012	40940	33028	1254292	2.63%	3.26%
2013	51255	51393	1427052	3.60%	3.59%
2014	36412	52218	1479855	3.53%	2.46%
2015	21292	50787	1463304	3.47%	1.46%
2016	22851	26670	1446271	1.84%	1.58%
2017	29736	35508	1729219	2.05%	1.72%
2018	39454	59717	1792017	3.33%	2.20%
2019	41353	41409	1901570	2.18%	2.16%
2020	47088	41018	1661077	2.47%	2.83%
2021	58121	348000	2155083	16.15%	2.70%

1. 趋利避害型的隐形规范

实体不足的撤回案件有三种情形,其中有基于法律适用、事实判断或者兼而有之的原因,但究其实质,不论哪一种撤回案件都是趋利避害之下的产物:

一方面,撤回案件是检察机关规避繁琐程序和考核指标的方式。随着程序推进,案件把关和证据审查的要求越来越高,在实体不足的情况下,检察机关若是将案件瑕疵推进、带病起诉,程序负担即便一时被转嫁给法院,无罪判决的实体风险最终还是会落于己身;若是依法做出不起诉,实体风险几乎是没有了,程序负担却随之而来,因为从操作机制来看,不起诉的适用程序相当严格,对不起诉决定的异议程序、救济程序也相当繁琐。〔5〕公安撤回案件则恰如其分地避免了检察机关陷入负面考核与程序负担的两难困境。

另一方面,撤回案件也是检察机关转移办案压力的出口。事实层面的不足,多是因为犯罪构成要件残缺、涉案数额/金额认定不清、客观行为存有争议、主观罪过无法证明等情由;法律适用层面的不足,常见于法律适用错误、犯罪情节构成彼罪但数额未达到彼罪的起刑点以及法律依据发生变化,“从新兼从轻”原则导致部分案件在实体上出罪,等等。〔6〕针对事实层面的不足,检察机关往往不愿为公安机关背书、埋单,操作上则是结合有无继续侦查和提起公诉的可能,将案件退回公安机关自行纠错。至于法律适用层面的不足,多与定性分歧有关,检察机关本可以行使实体评价处分权,但为了转移后续的办案压力、缓和两家关系,作为隐形规范,撤回案件就成了最合时宜的选择。

〔4〕 相关数据主要来源于《最高人民法院工作报告(2010—2022年)》和《中国法律年鉴(2010—2022年)》。

〔5〕 参见冯英菊:“检察机关建议撤案的现状和利弊”,《法学杂志》2005年第3期,第130页。

〔6〕 学界的相关调研数据显示,此种情形占上海市崇明区撤回案件总数的12.3%,占北京市顺义区撤回案件总数的14.3%。参见聂怀广,见前注〔1〕,第72页;王立德等,见前注〔1〕,第65页。

2. 互惠协作型的办案模式

在我国线型流水作业的诉讼模式中, 后一机关通常可以直接决定前一机关诉讼行为的“正确性”。〔7〕以公诉权的行使为例, 这种正确性评判可以外化为三个方面: “一是对侦查行为的合法性评价, 二是对案件真实的持续性调查, 三是对诉讼程序的正向性推进。”〔8〕立法赋予检察机关过滤案件的独断性权力, 然而在撤回案件的做法中, 检察机关却未能通过公诉权对侦查行为发挥应有的评判和监督效果。〔9〕相反, 这一操作将检察机关单向自决型处理机制演变成两机关之间的互惠协作型处理机制。

互惠协作型关系的出现, “从经济学来看, 是因为我国在公诉权的运行机制上为案件的过滤设定了远高于不过滤的风险和成本”。〔10〕从社会学来看, 它也是主体间性理论在机关利益中的反映, 是人情社会在刑事司法中的投射。从法律制度来看, 公安机关的起诉率与检察机关的不起诉率间的二律背反在法律框架下难以根本解决, 惟有以隐形程序将案件脱离考核范围才得以适度缓和。于是, 三机关关系原则中的“互相配合”由“依法配合”演变成“依利益配合”; “互相制约”也由“积极制约”演变成“消极制约”。可以说, 撤回案件程序以其与生俱来的利益关联属性和互惠协作属性, 使得“互相配合、互相制约”在实践中出现了“目的转换”的现象。〔11〕

3. 政策实施型的诉讼程序

“法律程序的目标不仅包含解决纠纷, 而且包括实施法律乃至包括实施国家政策。”〔12〕就此而言, 我国刑事司法活动可以被归为政策实施型诉讼程序。较之于纠纷解决型诉讼程序, “政策实施型诉讼程序的本质不是追求诉讼的法律效果, 而是追求诉讼的社会效果与政治效果, 在必要的时候诉讼的法律效果甚至需要服从于社会效果与政治效果”。〔13〕

与不起诉制度相比, 撤回案件的做法更多具有政策实施型诉讼程序的浓厚特质。为了查明案件的实质真实和继续追诉之必要, 撤回案件程序赋予办案机关以刑事政策的实施为导向的灵活处理方式, 竭力实现打击犯罪、维持刑事司法秩序的目的, 并进一步结合刑事司法活动中等级化的组织框架和考核模式, 将此种做法日益固定为惯例或标准。即便是在已经查明实质真实或者无法、无必要继续查明实质真实的部分案件中, 撤回案件在一定程度上也有利于消除不起诉决定的程序障碍, 化解法律危机, 缓和申诉信访压力, 维护社会和谐与稳定。

同各种政策、指示或司法惯例一样, 撤回案件的依据虽然不是成文法律, 却是司法者应当

〔7〕 参见葛琳, 见前注〔2〕, 第 89 页。

〔8〕 王天民:《实质真实论》, 法律出版社 2013 年版, 第 121 页。

〔9〕 参见韩晗, 见前注〔1〕, 第 104 页。

〔10〕 王禄生:“我国刑事错案成因分析——基于案件过滤的视角”,《湖北社会科学》2014 年第 10 期, 第 153 页。

〔11〕 所谓目的转换, 即指一种法律设置偏离了它的初衷, 向着截然相反的方向发展出功利效果, 并以此作为继续存在且言之成理的目的。参见(德)拉德布鲁赫:《法学导论》, 米健、朱林译, 中国大百科全书出版社 1997 年版, 第 113 页。

〔12〕 (美)米尔伊安·R. 达马什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》(修订版), 郑戈译, 中国政法大学出版社 2015 年版, 第 135 页。

〔13〕 陈卫东:“司法机关依法独立行使职权研究”,《中国法学》2014 年第 2 期, 第 32—33 页。

着重考虑并首先执行的,因为它们承担着纠纷解决功能的同时,还担负着社会治安综合治理、法制宣传、社会稳定等功能。层次性、多样化的核心功能需要灵活高效的司法方式得以实现,而撤回案件往往比不起诉更为有效、便利,更能直接影响司法运作,所以诸如不起诉之类的法定程序在政策实施性司法中不仅难以获得尊重,甚至可能成为司法的“束缚”,影响司法维护核心功能的发挥。^{〔14〕}反之,撤回案件的做法却常常能够获得较多的司法青睐。

二、职权视域下的实践理性

撤回案件的做法之所以屡禁不止,一是《高检规则》已无撤回案件之规定,正在使用的检察统一业务应用系统却仍留有撤回案件的节点;二是司法解释日新月异,办案思路和流程却相对固定,“传帮带式”的学习动力也相对不足。不过说到底,撤回案件程序所展现出来的实践理性,才是根本原因。

(一)以非正式沟通提升被层级过滤制约的办案效率

2019年《高检规则》明确检察长为不起诉决定的批准主体,更改了之前可以由检察长或检委会批准的二元模式,也简化了相关步骤。即便如此,与起诉相比,不起诉决定仍然多出了从检察官经由部门负责人再到检察长的审批环节和各种情况说明以及讨论报告。流程的细分,使得不起诉决定在审批时间和工作量上都比起诉决定繁重、复杂。

层级化过滤机制能够最大程度地保障决定的执行力,却常以牺牲效率为代价,这不仅表现在决定的审批环节中,还表现在不服决定的复议、复核或救济程序上。对于公安机关不服不起诉决定的复议申请,审查主体需要由作出不起诉决定的检察院另行指定检察人员,复议结果需要报请检察长批准,而复核程序还会牵涉上一级检察院及其检察长。此外,救济程序的期限设置也较为漫长,立法除规定复议复核的审查期限均可长达30日以外,对于公安机关的提请期限更是没有限制。

检察一体化的内部环境中,阶层式的体制建构与层级化的过滤机制使得原本紧缺的司法资源更加捉襟见肘。^{〔15〕}在严格的层级审批机制无法逾越时,要想从根本上规避不起诉制度的低效,最直接的方式就是绕开不起诉制度本身,以某种非正式的沟通机制相对高效地达成不起诉制度的法律效果和社会效果,撤回案件程序应运而生。^{〔16〕}

通过非正式沟通,检察机关将不构成犯罪的案件退回公安机关自行处理,既可弱化法定不起诉所招致的负面考核影响,又可使案件以更为便宜的方式终结,同时因否定性评价对被追诉人造成的损害也会更小。对于犯罪情节轻微的案件,经由双方的沟通甚至裁量权的部分让渡,达成非罪化处理的一致性认识,减少酌定不起诉可能引发的复议、复核及其所造成的司法资源的浪费、诉讼期限的拖延和处理结果的不确定。对于事实不清、证据不足的案件,撤回案件决

〔14〕 参见杜磊:“检察官办案责任制改革探索”,《环球法律评论》2015年第3期,第51—52页。

〔15〕 参见陈卫东、李训虎:“检察一体与检察官独立”,《法学研究》2006年第1期,第10—11页。

〔16〕 之所以称为“相对高效”,是因为撤回案件程序本身并非检察人员个体所能决定,亦需要审批;再者有时候两个机关之间的非正式沟通亦需要反复、多次进行,才有可能达成一致。不过,从内心意愿、行为方式(如审查报告的撰写)、审批期限及救济程序等方面来看,撤回案件程序的相对高效通常还是存在的。

定也可以合理规避重新立案侦查所造成的时间真空期与证据有效性之间的冲突。基于存疑不起诉的决定本来就保留了再次起诉的可能性,所以若是在不起诉决定作出之前已经发现存在新的证据或者线索,出于对程序法定原则、诉讼期限规则等强制性规范的遵从,只能先作存疑不起诉再以法定情形重新立案侦查的做法看起来合法、合理,实质上却是诉讼程序的重复繁琐、相关人员的讼累和关键证据的灭失。相反,公安撤回案件后继续侦查的做法既保证了证据的有效性,又提高了办案效率。

(二)以暂缓式处理促进被正当程序掣肘的真实发现

理论上讲,正当程序理念在任何时候都不会否定刑事诉讼程序对真实价值的追求。就二者在价值体系中所处的位置来看,正当程序是宪法层面的价值,^[17]而案件真实则是刑事诉讼法层面的价值,双方不在同一层面。正如有学者在探讨正当程序下刑事诉讼是否需要追求真实价值时就认为,“发现客观真实既是德国刑事诉讼法的基本原则,同样也是美国刑事诉讼法的基本要求。程序的规范性(或公正性)并不是为了妨碍真实的发现,相反却为真实的发现创造了更为适宜的‘生态环境’”。^[18]虽然“客观真实”有些言过其实,却也澄清了一个“真实”,即崇尚正当程序的美国法从来就没有忽略查明案件真实对裁判正当性的重要意义;同样,逐渐接受正当程序理念的大陆法也不可能放弃查明案件真实的传统品质。当然必须承认的是,宪法层面的正当程序理念需要在刑事诉讼中得到全面体现,于是具体的运行机制与真实价值之间发生各种“摩擦”就在所难免了。诚如学者所言,“刑事诉讼法是发现真实和法治程序的持续对话”。^[19]既然是一场持续的对话,就必然存在此消彼长的情景。

不起诉制度维护了正当程序的理念,一定程度上却是以牺牲案件真实为代价。以德国为例,“在 2010 年做出不起诉的诸多情由中,存疑不起诉以 28% 的占比高居首位,基于公共利益考虑不起诉的比例为 9%,附条件不起诉的比例则只有 4—5%”。^[20]又如波兰,“2019 年的不起诉率整体为 36%,其中存疑不起诉的占比最高,超过 30%”。^[21]此外,意大利和美国的存

[17] 德国等大陆法系国家(除意大利外)虽然在国内宪法中没有明确规定正当程序,但由于《欧洲人权公约》的效力等同于国内宪法的地位,所以仍然可以说,正当程序在大陆法系国家中属于宪法层面的价值。

[18] Hans-Heinrich Jescheck, “Principles of German Criminal Procedure in Comparison with American Law,” *Virginia Law Review*, Vol. 56, No. 2, 1970, p. 240.

[19] 林钰雄:《干预处分与刑事证据》,北京大学出版社 2010 年版,第 87 页。

[20] Thomas Weigend, “Germany,” in Katalin Ligeti (ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union, Volume 1: A Comparative Analysis*, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 268; Gwladys Gilliéron, *Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany*, Cham: Springer, 2014, p. 271; 1993—2003 年间,德国各种不起诉之间的比例也呈现出类似的情形, see Beatrix Elsner and Julia Peters, “The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System,” in Jörg-Martin Jehle and Marianne Wade (eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems: The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*, Heidelberg: Springer, 2006, pp. 221-223.

[21] See Karolina Kremens, *Powers of the Prosecutor in Criminal Investigation: A Comparative Perspective*, New York: Routledge, 2021, p. 307.

疑不起诉率也展现出居高不下的占比趋势。^{〔22〕}就我国而言,“事实不清、证据不足是公安撤回案件的主要原因”。^{〔23〕}在大量案件中,撤回案件就是在案件真实仍有查明可能时,对真实认定的弥补或补救。从实证数据来看,当前撤回案件的初衷也主要集中于对仍有侦查可能及追诉必要的案件完善证据链。^{〔24〕}这与我国职权主义的诉讼模式和政策实施型的司法程序追求实质真实的传统观念相匹配。

实质真实主义模式下,官方的真实义务贯穿整个诉讼程序并可按诉讼阶段分解为警察的全面侦查义务、检察官的客观义务与法官的澄清义务。从逻辑上看,检察官与法官均可依职权续行真实调查之功能而无需将案件退回公安机关,但面对的后果,一者可能对正当程序的价值理念带来巨大冲击,毕竟检察官和法官除了承担真实义务外还是公正执法/司法的主体;二者造成法律责任的界限不明确;再者效果也未必理想。与检、法相比,公安在接近证据方面,不仅具有时间、空间上的优势,也具有行动上的便利。

(三)以非刑罚化过滤恢复被刑事犯罪扰乱的法和平

“大陆法系国家的刑事诉讼目的一般被设计为:首先,以查明案件真实的方式,并通过一项实质的、正确的判决来协助刑事实体法的实施;其次,调查工作必须受制于每一项权利保障;最后,已被犯罪扰乱的法和平必须得到恢复。这三个功能被称为刑事诉讼的教义上的、法治国家的和社会的功能。”^{〔25〕}不起诉制度维护了正当程序思想和权利保障理念,却在很多案件中损失了实质真实,也并没有恢复被犯罪扰乱的法和平。不起诉决定虽然在形式上终局刑事案件,却并不必然在实质上终结纠纷以及从根本上化解矛盾,修复破裂的社会关系以及引导被追诉人回归共同体。直接作出不起诉决定甚至可能在加剧冲突之余,降低当事人对公安、司法机关及刑事司法的信任度,从而以申诉、自诉以及信访等途径表达不服。

公共利益作为是否具有追诉必要性的重要考查维度已为各国通例,被害人的意愿则是衡量公共利益的常见因素,这在民间纠纷型犯罪案件中尤为明显。然而,由于我国侦查活动具有高度的垄断性和封闭性,被害人常常被边缘化,获得救济和赔偿的诉求难以充分、及时实现,修复式司法便因运而生。修复式司法的理念和程序正是以对话为核心,强调所有当事人共同参与并充分讨论。^{〔26〕}此外,随着社会转型的持续深入,民间矛盾引发的轻微刑事案件越来越多。于是,理念与实务共同催生了不当然刑罚化的处理模式及位于其下的撤回案件程序。

撤回案件程序从一开始便承载着恢复法和平的价值,首要解决的问题即是调和与国家与个人之间的利益冲突,及时终止双方的诉讼纷争。实践中获得被害人的谅解常常作为不起诉的

〔22〕 Ibid., pp. 313-319.

〔23〕 杜丹,见前注〔1〕,第37页。

〔24〕 以威科先行法律信息库和中国检察网中的检索为例,全文含有“撤回移送审查起诉”的有效检察文书共计111篇,其中起诉书102篇、不起诉决定书9篇,粗略计算,在公安撤回案件后再次移送审查起诉的案件中,成功提起公诉的案件比高达92.7%。

〔25〕 Henning Ernst Mülle, *Behördliche Geheimhaltung und Entlastungsvorbringen des Angeklagten*, 1992, S. 13.

〔26〕 参见万毅:《实践中的刑事诉讼法:隐形刑事诉讼法研究》,中国检察出版社2010年版,第108页。

重要衡量因素,未达成刑事和解甚至可能将不少案件推入起诉中的两难困境从而直接影响案件的终局性处理。适时地撤回案件,可以借助司法调解拓展当事人之间的对话通道,缩小分歧、增进共识、梳理争点、促进解纷;也可以通过刑事和解为双方提供预期方案,增加和解机会,最终以非刑罚化或轻缓化的方式过滤刑事案件。

对于事实不清、真伪难辨的案件,公安、司法机关往往有着适用调解、和解的较大动力,从而在促使双方“互谅互让”方面有更大的作为空间。^[27]如前所述,实践中撤回案件多是作为存疑不起诉的替代以吸收被害人的不满情绪,无论是继续侦查后的移送审查起诉抑或是调解、和解,均是化解不满情绪的重要方式。

至于撤回案件后仍难补充关键证据的情形,提高办案效率的考量减弱,恢复法和平的功能尤为彰显。有数据显示,故意伤害案件和盗窃案件曾是适用撤回案件程序比率最高的两类案件。^[28]究其原因,主要是公安在证据调查和运用上存在困境,比如故意伤害案件中,伤害结果与行为的关联、意外受伤或人为加害、互殴或群体伤害案件中各方的作用力、被害人过错程度对被追诉人刑事责任的阻却等要素都很难查明,加之未及时查验伤情来源、过分重视言词证据以致很大程度代替鉴定意见和勘验结论等情况又时常出现,这些都易使案件真实晦暗不明。但鉴于此类轻伤害案件中双方一般均有过错,被害人的诉求多在医疗费用的承担上,以撤回案件的方式促进纠纷得以妥善终结便显得尤为恰当。又如盗窃类案件中,具体的盗窃金额在销赃后或未能从被追诉人处搜查扣押时往往难以认定,实践中又经常涉及被追诉人是未成年人、盗窃金额刚达起刑点、初犯、积极退赔等要素,在情节轻微的情况下,一旦物归原主,被害人不太会过多纠缠,尤其是在熟人作案的案件中。此时囿于案件未达证明标准但被害人客观上存在经济损失,通过撤回案件采用司法调解或刑事和解可以达成被追诉人的赔偿悔过与被害人的谅解,平衡多方利益,恢复被犯罪扰乱的法和平。

三、权利思维中的功能异化

我国刑事诉讼程序具有三个显著特征:一是阶段独立性。虽然从某些机制来看,我国侦查阶段兼具“公判准备说”和“公诉准备说”的特性,但从这一阶段的诉讼主体、诉讼客体、诉讼条件、诉讼行为、诉讼任务等方面的独立性分析,则应以“侦查独立说”来看待。二是工序流转性。即在案件达到某一阶段的诉讼条件时,诉讼主体才会针对诉讼客体,启动必要之诉讼行为,并在完成相应之诉讼任务后结束此阶段进入下一阶段。三是及时终结性。即在各阶段内部还设有可以终结诉讼的程序,如审查起诉阶段的不起诉决定、审判阶段的判决或裁定终止审理以及

[27] 参见陈瑞华:“刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起”,《中国法学》2006年第5期,第22页。

[28] 周科楠等,见前注[1],第87页,“盗窃案件占撤回案件总数的13.5%,故意伤害案件占撤回案件总数的8.72%”;王立德等,见前注[1],第64—65页,“盗窃案件占撤回案件总数的22.7%,故意伤害案件占撤回案件总数的24.1%”。

侦查阶段的撤销案件等。

我国刑事诉讼可“前进”(工序流转性),也可“停止”(及时终结性),却不可“倒车”(阶段独立性)。以公安撤回案件为代表的跨阶段倒退可能较大幅度地冲破阶段独立性(撤回案件犹如“从出口带货进入超市”,显然已不满足最初“从入口无货进入超市”时所要求的各项审查),〔29〕导致程序倒流,背离刑事程序法定原则。最严重的影响则是导致侦查权力的过度滥用、不受监督以及当事人的权利失于保障、无从救济。〔30〕

可见,从职权视域来看,公安撤回案件程序固然能够在一定程度上提高追诉效果和办案效率,并在竭力查明案件真实的基础上打击犯罪、修复法律秩序。但若以权利思维分析,这种案件逆转、程序倒流的做法在合法性和正当性方面的缺陷是明显的。〔31〕司法实务正在将撤回案件程序推向背离程序公正和法治逻辑的泥潭。

(一)启动:公诉决定退变为侦查处置

2012年以来,实践中撤回案件的情况仍旧不少,操作方式也各不相同。在补充侦查结束后重新移送审查起诉的过程中,常见方式有公安机关申请撤回案件和检察机关建议撤回案件两种。无论是先由检察机关建议到公安机关申请再到检察机关同意,还是直接由公安机关申请到检察机关同意,各地检察规定或做法的初衷都是想要保留检察机关在公安撤回案件程序上的决定权,然而现实却倒向了另一端,即检察机关的决定权已逐渐为公安机关的自由处置所取代。一方面检察机关对公安撤回案件的申请几乎有求必应,审查也常常流于形式;另一方面检察机关对公安撤回案件后的相关行为和程序进展缺乏有效监督。

第三种方式则是在补充侦查的过程中,公安主动撤回案件。这一做法源于1998年和2012年《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《公安规定》)第285条“对于人民检察院退回补充侦查的案件,发现原认定的犯罪事实有重大变化,不应当追究刑事责任的,应当重新提出处理意见,并将处理结果通知退查的人民检察院”之规定。至于何为重新提出处理意见、向谁以及如何提出,则并无下文。实践中常有两种做法:第一种是对外重新提出处理意见,即公安机关主动向退查的检察机关提出撤回案件的函,检察机关收到函后若同意撤回案件便会出具同意撤回案件的法律文书,公安机关才能重新对案件进行处理,并将处理结果通知检察机关。〔32〕第二种是对内重新提出处理意见,也即补充侦查的办案人员向公安机关负责人提出

〔29〕我国《刑事诉讼法》有“侦查终结”之专门规定,却没有审查起诉终结或审判终结之专门规定,一定程度上证明侦查阶段不仅更加独立甚至更加封闭,只有在满足上述五方面之独立性分析时方可重新进入。

〔30〕需要说明的是,检察机关撤回起诉的做法,在《高检规则》中有所规范,某种程度而言并没有违背刑事程序法定原则。此外,基于审查起诉阶段较之于侦查阶段更加公开,机关属性也更显公正,案件由审判阶段退回审查起诉阶段,虽然导致了程序逆转,但在公诉权的滥用、不受监督方面不会造成严重影响,在当事人的权利保障及救济方面甚至可能更为有益。

〔31〕参见汪海燕:“论刑事程序倒流”,《法学研究》2008年第5期,第138页。

〔32〕参见董坤:“法规视野下监察与司法程序衔接机制——以《刑事诉讼法》第170条切入”,《国家检察官学院学报》2019年第6期,第138页。不同地区的公安机关可能使用“撤回案件的函”“撤回移送审查起诉的函”或者在补充侦查报告中阐述等不同方式;检察机关则一般使用“同意移送机关撤回通知书”“告知函”或者根本无文书入卷。

撤销案件的意见,公安机关在未向退查的检察机关申请撤回案件的情况下直接做出撤销案件的决定,案件撤销后才将处理结果告知检察机关。

为了澄清对补侦阶段公安撤回案件行为的决定权和监督权,2019 年《高检规则》第 347 条新增一规定,即“补充侦查期限届满,公安机关未将案件重新移送起诉的,人民检察院应当要求公安机关说明理由。人民检察院发现公安机关违反法律规定撤销案件的,应当提出纠正意见”。然而,2020 年《公安规定》第 296 条将原规定第 285 条修改为“发现原认定的犯罪事实有重大变化,不应当追究刑事责任的,应当撤销案件或者对犯罪嫌疑人终止侦查,并将有关情况通知退查的人民检察院”。这一变动不但没有遵循 2019 年《高检规则》的精神,还态度鲜明地保留了公安机关在补侦阶段对撤回案件的自行处置权,势必导致以撤销案件决定取代撤回案件申请的情形增多,从而以更低的法律标准、更便利的内部程序绕开撤回案件申请的不确定性。

(二)过程:权力失范转嫁为权利受损

法律文件对公安撤回案件的时间、次数、后续处理等方面缺乏必要的限定,导致个案的诉讼程序被非法延长,加大诉讼成本的同时也加深了公众对司法程序的信任危机,更为严重的是,失范的权力行使极大地侵害了当事人的合法权益。

一方面,以撤回案件借时间,侵犯了被追诉人的迅速审判权。迅速审判权适用于从犯罪嫌疑人被逮捕或正式起诉到法庭审理、宣告判决的整个过程。“之所以需要保障该项权利,是因为在这个过程中,犯罪嫌疑人始终处于罪名未定的状态之中,且要一直忍受等待的折磨。何况,即使某人确实犯了罪,‘长期将他挂在钩上’也是不公平的。如果不迅速审判,被告人不论是否被监禁都会吃到真正的苦头。”^[33]反之,保障迅速审判,则有利于使其摆脱不确定的罪刑状态所带来的心理恐惧、焦虑乃至精神打击。

我国虽无迅速审判权的明确规定,却以诉讼期间、审理方式等设置暗含了对迅速审判权的关照。逻辑上,迅速审判即指被追诉人一经逮捕或起诉就应迅速启动审判程序而无正当理由不得延长羁押或延迟审判;规则上,却很难区分有正当理由与无正当理由的延长或延迟,尤其是为维护诉讼内的秩序需要,被追诉人因犯罪嫌疑而应负有的忍受义务更是混淆了二者的界限。^[34]当然,尝试设定一个“无正当理由”的底限标准也是可行的,比如延长的时间是否明显超过类似的期限规定,延长的理由是否明显偏向惩罚犯罪的价值观,延长的决定是否明显存在合理的可替代制度,延长的审批是否明显违背程序公正理念等等。^[35]

[33] 张建伟:《司法竞技主义——英美诉讼传统与中国庭审方式》,中国政法大学出版社 2005 年版,第 150—151 页。

[34] 关于忍受义务的相关论述,可参见杨雄:《刑事强制措施的正当地性基础》,中国人民公安大学出版社 2009 年版,第 27 页;郭晶:“刑事诉讼的速度干预理论初探——基于公信塑造与权益救济的功能性反思”,《中国刑事法杂志》2014 年第 5 期,第 65 页。

[35] 关于“延迟”是否合理,美国在巴克案中确立的检验标准为:一是延迟期的长短,二是延迟的理由,三是被告人是否以及何时主张了自己的迅速审判权,四是被告人是否因这种延迟而受到了不公正的待遇。以上四个因素彼此关联,需要综合考虑。详见(美)伟恩·R. 拉费弗、杰罗德·H. 伊斯雷尔、南希·J. 金:《刑事诉讼法(下册)》,卞建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 931 页。

撤回案件后多久会再次移送审查起诉,并无定势,对被追诉人使用取保候审等羁押替代性措施的,基本上是用满一年;使用逮捕的,则可能不受侦查羁押期限的约束。^[36]至于撤回案件的理由,如前所述,查明案件真实、打击犯罪才是最大动力,保障权利几无考量。再者,撤回案件的初衷通常表现为侦查向起诉借时间以弥补侦查效率不足,也有部分案件表现为起诉向侦查借时间以填补审查期间不够。然而无论如何,现行立法都有诸如补充侦查、延长审查起诉期限、延期审理等合理可替代措施存在,并可通过法律解释达成撤回案件的初衷。最后,撤回案件的启动已经由公诉决定退变为侦查机关的内部处置,明显缺乏法律监督,也尚无被追诉人的利益表达机制,可以说与程序公正理念背道而驰。一言以蔽之,当前的撤回案件做法属于对被追诉人迅速审判权的无正当理由的延迟。

另一方面,以撤回案件借程序,侵犯了被害人的诉讼权。“凡宪法或法律所保障的权利遭受公权力或第三人不法侵害,都应有诉讼救济的途径并由司法机关作终局裁判的权利,此即为诉讼权。”^[37]对于被害人诉讼权的保障,我国是通过自诉、公诉及其相互转化达成的,尤其是针对公诉中的不起诉情形规定明确,如《刑事诉讼法》第180条规定:“对于有被害人的案件,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,可以自收到决定书后七日以内向上一级人民检察院申诉,请求提起公诉。人民检察院应当将复查决定告知被害人。对人民检察院维持不起诉决定的,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。”《高检规则》第377条也有相同表达。

诉讼权不仅在形式上保障被害人可以向司法机关主张权利,实质上亦须使其所主张之权利获得有效保护。然而,当撤回案件作为不起诉的替代、案件由此进入程序“黑洞”时,被害人的诉讼权便无从谈起。首先,被害人所主张的实体权利无法获得保障。撤回案件的后续处置常有三种:对于法律适用错误而不构成犯罪或未达到立案标准的案件通常会做出撤销案件的处理;发现查证属实确有犯罪事实但并非被追诉人所为时一般会重新立案侦查;仍有追诉必要和可能的案件则需要继续侦查并结合继续侦查后的证据情况决定移送审查起诉或撤销案件。^[38]三种情形中,案件虽然都会以撤销、起诉或不起诉的方式终结,被害人都可行使诉讼权,但最大的障碍是,基于撤回案件及其后续行为的期限不明确,被害人本可以立即实现的诉讼权一直处于待定状态。其次,被害人追求终局裁判的程序权利也无法得到救济。与过程性

[36] 有检察官认为,作出不起诉决定前,为慎重起见往往经历“两退三延”,如果此时犯罪嫌疑人被采取羁押措施,其人身自由将遭受不必要的损害,相较而言,公安撤回案件后无论是变更强制措施还是撤销案件,程序都更加简便,更有利于权利保障。参见杜丹,前注[1],第37页。笔者以为,所撤回的案件在后续程序、侦查时限、羁押措施等诸方面的不确定性对犯罪嫌疑人权利的侵害应该更为严重。以笔者挂职期间经历的“安某某故意伤害案”为例,该案在审查起诉阶段因事实不清、证据不足被公安撤回,后因犯罪嫌疑人及其家属多次申诉、执意信访,又被重新提起公诉。其中两次退查获得的证据以及撤回案件后继续侦查获得的证据与首次移送审查起诉的证据均无本质区别,犯罪嫌疑人还无辜遭受了前后两次逮捕羁押。可参见“集检侦监批捕[2017]30号”“集检侦监批捕[2018]367号”等检察文书。

[37] 王天民:《辩方权利的语境式展开》,法律出版社2019年版,第18页。

[38] 继续侦查后撤销案件的做法并不少见,如针对上海市崇明区的调查报告曾显示,该区撤回案件后因证据不足以达到定罪标准而撤销的案件高达撤销案件总数的72%。参见聂怀广,见前注[1],第72页。

处置的可救济相比,当撤回案件作为一种结果性处置时,被害人的诉讼权更是丧失殆尽,此种情形在实践中常有出现。公安撤回案件后对案件性质不再有进一步的实体认定,撤回案件既是一种方式与过程,又是一种目的与结果。被害人欲行使诉讼权,却没有实体认定,于理不合;被害人欲质疑撤回案件行为,却缺乏参与机制,于法无据。

(三)结果:“案结事了”滑落为报复性追诉

“威慑是法律的重要功能,传统的法律威慑理论主张通过法律责任为违法行为设置后果,从而为行为人创造在事前放弃违法行为的激励。”^[39]然而从一个完整的动态威慑系统分析,法律的威慑力不是起点与终点的简单连接,而是从起点经过程到终点的立体感觉和多维认知,行为人不只是惧怕承担法律责任才会对犯罪行为进行否定性反思,进入刑事诉讼、成为被追诉人全面经历程序的强制性和不确定性同样具有威慑力。所以,刑事法律的威慑力既包括刑罚结果的威慑力也包括刑事程序的威慑力,刑罚结果的威慑力不只在在于刑罚的严重性,更在于刑罚的及时性,刑事程序的威慑力则是指被追诉人通过体验各种程序、制度、措施所形成的对刑事诉讼过程的恐惧心理及对犯罪的否定性评价。

为避免“此罪不能碰,彼罪可以犯”的价值导向,刑事法律威慑力的三要素之间(刑罚的严重性、及时性以及刑事程序的强制性)存在一个相互平衡与补偿的互动关系,以保持威慑力的整体平衡。比如,轻微犯罪对应的惩罚并不严重,刑事程序的强制性往往也不大,但刑罚的实现周期相对较短、及时性较强,所以威慑力整体平稳;严重犯罪对应的惩罚较为严重,但刑罚的及时性不够,较大程度上减损了刑罚的威慑力,刑事程序的强制性便可补偿法律威慑力的整体不足。刑事程序中的诸多设置都与威慑补偿理念相暗合,如学者所言,“一旦审前程序启动,对被追诉人的人身自由、地位、名誉甚至财产都有重大影响,惩罚的目的就已经部分达到”。^[40]针对严重的犯罪,侦查期限一般较长,侦查措施较为多样,侦查权力几乎“顶格”使用;强制措施适用较高,审前羁押常态化;审判权的行使也展现出更大的强制性(或压迫性),案件常常会在审级制度之中实现程序的威慑效果或惩罚效果。^[41]

对于无法进入审判程序的案件,因着刑罚的及时性与严重性所展现的威慑力明显不足,撤回案件及其后的强制措施能够发挥较大的威慑力,而其中的“杀手锏”便是程序与期限的不确定性。在强大的程序威慑力之下,公安机关的意愿往往直接且明确,即当事人之间能够以非刑罚化的方式调和矛盾、解决纠纷,国家机关与被追诉人之间能够以默契的“案结事了”的方式终结诉讼程序、恢复法和平。然而,当以撤回案件程序及其期限的不确定性为威慑的时候,威慑力必然存在边际效益分布,也即处于撤回案件的初期或一定期间时,威慑力会逐渐变大并达到最大值,但随着时间的推移则会逐渐降低。此时,就需要以新的诉讼程序或及时的实体认定来持续供应刑事法律的威慑力。

[39] 戴昕:“威慑补充与‘赔偿减刑’”,《中国社会科学》2010年第3期,第129页。

[40] 周光权:“转型时期刑法立法的思路与方法”,《中国社会科学》2016年第3期,第143页。

[41] 关于程序的惩罚效果,详见(美)马尔科姆·M. 菲利:《程序即是惩罚——基层刑事法院的案件处理》,魏晓娜译,中国政法大学出版社2014年版,第230页。

一定期限内无法侦查终结的案件,究其原因主要是事实不清、证据不足,基于被害人上访、领导重视或者案件社会影响大等因素,公安机关又不能及时销案,只能投机取巧地将案件先移送审查起诉,再撤回案件,从而“借”几个月甚至更长的继续侦查时间。在撤回案件后最初的一段时间内,意外情况的出现确实会逐渐威慑到部分被追诉人,从而放弃迅速、公正审判的机会,接受公安机关和被害人的条件,并可能以“案结事了”(如撤销案件)的方式结束诉讼。但对于那些自觉冤屈、坚持到底的被追诉人,一旦挺过程序威慑力的最大值,随着威慑力的不断下降,内心便开始渴望维权,并与公安机关希望达成默契的“事了案未结”(如撤回案件的状态)的意愿相背离,这就产生了不少的“挂案”。

一方面,他们渴望实体认定、获得赔偿。根据《国家赔偿法》和《人民检察院刑事赔偿工作规范》,对已经逮捕的犯罪嫌疑人,检察机关作出法定不起诉决定的,犯罪嫌疑人有权提请国家赔偿;作出存疑不起诉的,经审查逮捕确有错误的,犯罪嫌疑人也有权提请国家赔偿。然而,撤回案件却并不涉及赔偿。二方面,他们渴望回归正常的生产、生活状态。然而,与不起诉决定单向终结诉讼程序后应当解除强制措施的处理迥乎不同,撤回案件将案件置于悬而未决的状态,之后并不必然撤销案件、释放被追诉人,实践中常以取保候审作为羁押替代性措施,因而被追诉人的人身和财产仍然受到一定程度的限制。罪刑的待定状态,影响到读书、参军、就业、婚嫁、买房、征信等各个层面,近乎“社死”。

为了维权,被追诉人走上或放言走上申诉、求偿甚至上访、信访之路,基于刑事法律威慑力的补偿理论,公安机关往往应对性地发起“报复性追诉”,也就是在撤回案件后未补充实质性、关键性证据或者未查明事实、明知证据不足仍坚持移送审查起诉。检察机关则是顺水推舟,对本应不起诉的案件勉强起诉、瑕疵起诉、带病起诉,背离起诉标准,降低指控质量。审判机关更是心照不宣,“实报实销”式判决有罪,以审前羁押折抵刑期,意图规避或化解公安机关超期羁押、错误追诉引发的国家赔偿以及可能潜在的违法犯罪问题。

四、撤回案件程序的未来范式:模式、制度与体系

现代法治与现代型诉讼在认可诉讼程序的工具价值之上,更加要求其不断塑造、提升内在品质。所以,对实践理性的描述,不是为了高扬撤回案件程序的功利性价值以致完全认同实务操作;而对功能异化的阐释,则是切实为了表达笔者对撤回案件程序缺失公正属性、权利属性等品格的担忧。若要在立法与实践之间、制定法与隐形法之间寻求一种相对合理的平衡,在正当程序的理念之下实现刑事案件的最大化真实,笔者以为,总体方向上,应力图实现公安撤回案件程序的“回归”:一是本质属性上,由实体性、终局性处理方式向程序性、过度性处理方式回归;二是法律功能上,由事实续查性制度向程序补救性制度回归;三是程序定位上,由常态性设置向特殊性设置回归。具体路径上,则需要通过模式、制度和体系三个层面的改革优化,严厉防范出于规避责任、转移压力而恣意开启程序倒流、滥用强制措施的撤回案件行为,最大程度地保障当事人在撤回案件程序中的合法权益及其救济通道,以实现撤回案件程序的合理化与合法化。

(一) 模式: 构建检察主导的开放型模式

1. 检察机关的主导地位

检察机关在撤回案件程序上的主导作用既包括对程序开启的决定权,也涵盖对后续处理行为的监督权,实践中前者的流于形式与后者的完全缺位,使得撤回案件几乎成为公安机关的权力自留地。在 1998 年、2012 年《公安规定》意图抹煞检察机关在撤回案件程序中的主导地位以及 2020 年《公安规定》意图径行绕开撤回案件程序的背景之下,探讨公安撤回案件所处的诉讼阶段及其主导机关尤为重要。

一方面,需要收紧检察机关在撤回案件程序开启上的决定权。诉讼构造上,撤回案件并不是一个独立的诉讼阶段,于是有了关于撤回案件所属阶段的争议——出现在审查起诉期间的撤回案件应由检察机关决定一般比较明确,出现在补充侦查期间的撤回案件该由哪一机关决定则存在较大争议。《刑事诉讼法》第 175 条第 2 款规定,“人民检察院审查案件,对于需要补充侦查的,可以退回公安机关补充侦查,也可以自行侦查”。可见,无论是退回公安还是自行侦查,补充侦查都是属于起诉阶段而非侦查阶段的活动,补充侦查的决定权都是由检察机关而非公安机关享有。正如学者所言,“检察机关的补充侦查权并不依附于侦查权,而是公诉权所派生出来的应有权力”。^[42] 补充侦查过程中具体的侦查策略或取证方式可以由公安自主决定,但涉及程序变更性的诉讼活动则只能由检察机关决定,因为起诉阶段是检察机关具有主导地位并发挥主导作用的专属阶段。^[43] 法律逻辑上,撤回案件若是属于侦查阶段的活动,公安机关自然享有绝对的处分权,就像在侦查阶段公安自行作出撤销案件的处理决定一样,唯有当案件已经由前一诉讼阶段进入后一诉讼阶段时,才有讨论案件逆转、程序倒流的前提和必要。公安撤回案件显然是将案件从起诉阶段撤回至侦查阶段,理所当然需要由检察机关批准、决定。权力设置上,收紧检察官在公安撤回案件程序上的决定权,并不意味着案件都必须由检察机关首先提出撤回案件的建议,相反,出于恪守客观义务的要求,原则上应当禁止检察机关向公安建议撤回案件的做法,而仅允许公安申请撤回案件并由检察机关审查决定的机制。

另一方面,需要强化检察机关在后续处理行为上的监督权。客观义务需要检察机关查明实质真实的同时平衡控辩力量,以及守护法律公正。撤回案件程序不必然实现查明案件真实的功能,但是及时的处置行为却可以帮助犯罪嫌疑人摆脱自由受限的状态,进而在审前程序中彰显司法的公正属性。监督的具体导向可能包括:其一,对侦查活动的监督方式由被动、静态、事后向主动、动态、同步的方式转变。^[44] 检察机关若发现公安存在违法行为,应及时提出纠正意见;若发现无查清事实的可能或原认定的犯罪事实有重大变化,不应追究刑事责任的,应及时督促公安机关提出不起诉意见书或者撤销案件。其二,综合全案查清的事实,在罪名包容竞合关系中,已达到轻罪的证明要件时,以轻罪提起公诉,对被追诉人作出有利认定。“选择确

[42] 陈卫东:“职务犯罪监察调查程序若干问题研究”,《政治与法律》2018 年第 1 期,第 24 页。

[43] 参见张建伟:“检察机关主导作用论”,《中国刑事法杂志》2019 年第 6 期,第 33 页。

[44] 参见朱金宝:“论检察机关的提前介入:法理、限度与程序”,《法学杂志》2019 年第 9 期,第 61 页。

定理论容许在处于选择事实关系的案例之中,适用择一且较轻的罪名。”〔45〕此种情形需坚守已达轻罪证明标准的底线,对仍无法确定是否成立犯罪的案件应及时终结程序。其三,对于不构成犯罪但涉及行政违法的案件应由刑罚向行政处罚及时流转。对此,《刑法》第37条及《行政处罚法》第27条已将刑罚与行政处罚从实体法层面连接起来,《刑事诉讼法》第177条和《高检规则》第373条也具体规定了对被不起诉人需要给予行政处罚时应将检察意见连同不起诉决定书移送主管机关的处理模式。其间,需要在检察机关的主导下,强调司法机关和行政机关在案件信息方面构建实时共享通报机制,为两种法治活动间移交证据材料、衔接程序处理创造可行,从而实现惩罚的合理性和确定性。

2. 开放的撤回案件审查模式

囿于撤回案件程序的封闭性,当事人无法参与其中、表达诉求,尤其是自由受限的被追诉人,撤回案件在加重其忍受义务的同时,甚至可能限制或剥夺其基本权利。因此,开放当事人在撤回案件程序中表达意见的法律空间,有利于强化撤回案件程序的正当性。

一方面,需要将申请审批模式改为三方参与模式。公共权力的行使往往会走向实用、方便、有效和节约成本的方向,而不会顾及最基本的人权保障和司法正义准则。〔46〕作为权利与权力直接对抗的重要舞台,当前的申请审批模式成就了公安、检察机关的“双人舞”,被追诉人只能安静地坐在观众席,默默地观看舞台上的表演直到帷幕拉上。可见,针对撤回案件等倒流之审查,宜围绕公开化和诉讼化进行规制,以保障被追诉人知情权、参与权、申辩权的方式,加强程序倒流决定的公正性。在收到公安撤回案件的申请后,检察机关应当及时讯问犯罪嫌疑人、听取犯罪嫌疑人及其辩护律师的意见,公安机关与被追诉方在检察机关的主导下可以通过检察听证模式,围绕撤回案件程序的启动和变更展开集中、充分的辩论,以促进检察机关所做决定的说理性与可接受性。

另一方面,需要建立程序倒流的救济途径。基于撤回案件程序的隐秘性,由此引发的程序倒流之救济规定也失之阙如,建立类似于乃至更甚于不起诉决定之异议程序的救济途径,对倒逼撤回案件决定以及后续处理行为的合法性有着极为重要的作用。对于被追诉人,如其不服撤回案件决定或者因撤回案件决定造成的案件拖延已严重侵犯其基本权利,可以向上级检察院申诉以解除撤回案件程序、确认相关处理行为违法、督促原检察院作出是否起诉的决定;或者申请上一级检察院将案件移送行政机关,以实现刑事指控向行政处罚的及时流转。上一级检察院应当根据是否可以继续查实关键证据、是否存在主观拖延之故意、撤回案件对被追诉人利益的减损程度以及是否存在违法行为分别作出相应的回复与处理,如对于不是特别严重的拖延行为,解除强制措施即可消除危险;对于严重侵害被追诉人权利的行为如羁押期限已远超其实际应判处之刑期,继续追诉已丧失正当性,即可使用最为严厉的终止诉讼之程序制裁手段。〔47〕对于被害人,立法除应保障其知情权以外,也应赋予其基于与被追诉人相同之原因或

〔45〕 林钰雄:《严格证明与刑事证据》,学林文化事业有限公司2002年版,第173页。

〔46〕 参见陈瑞华:《程序性制裁理论》(第三版),中国法制出版社2017年版,第33页。

〔47〕 参见陈永生:“刑事诉讼的程序性制裁”,《现代法学》2004年第1期,第95页。

诉求而向上一级人民检察院申诉的权利。

(二) 制度:规范公安撤回案件的法定程序

1. 撤回案件的适用范围

为避免把关不严造成的程序滥用,应最大程度地限制适用撤回案件程序,使其回归为审查起诉决定中的例外情形而非规避责任、转移压力、回避审查的一般做法。针对已进入审查起诉但“不构成犯罪或没有犯罪事实的案件”“犯罪情节轻微,拟作相对不起诉的案件”“撤回起诉的案件”以及“具有刑事诉讼法第 15 条情形的案件”,都应禁止以撤回案件代替法定不起诉和酌定不起诉,以此杜绝将明显不构成犯罪或无继续追诉必要的案件推入撤回案件的“黑洞”。需要特别注意的是,针对“两次退查,公安机关第二次退查重报后,仍然证据不足不符合起诉条件的案件”,也不能以撤回案件代替存疑不起诉,否则就从根本上架空了存疑不起诉制度。存疑的案件已经有补充侦查的机会,撤回案件所具有的查明案件真实的功能完全能够被两次补充侦查所覆盖。如前所述,基于撤回案件对被追诉人的羁押和移送审判所造成的期限延长存在明显合理的可替代制度、延长期限明显过长、延长理由明显偏向惩罚犯罪而忽视程序公正的价值观,可以判断,存疑案件中的撤回案件对羁押和移送审判的期限造成了无正当理由的延长。

目前,能适用撤回案件程序的实体问题有二,其一是“人民检察院退回补充侦查期间,公安机关认为原认定的犯罪事实有重大变化,不应当追究刑事责任,应当另行提出处理意见”的特殊情形。^[48]比如发现犯罪嫌疑人没有犯罪事实或者犯罪嫌疑人有《刑事诉讼法》第 16 条不追究刑事责任的法定情形,等等。公安机关在侦查阶段发现这些特殊情形的,应当依法撤销案件。其二则是针对经济犯罪案件的疑案撤销案件处理机制,亦即根据《公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》(公通字[2017]25 号)第 25 条第 1、2 款之规定,在侦查过程中,公安机关发现“对犯罪嫌疑人解除强制措施之日起十二个月以内或者对犯罪嫌疑人未采取强制措施的自立案之日起二年以内,仍然不能移送审查起诉或者依法作其他处理的”,应当及时撤销案件。^[49]从短期来看,公安撤回案件的范围可以参照以上二者来设置,也就是在审查起诉阶段退回公安补充侦查的案件,如果发现属于上述两种情形的,公安机关可以向检察机关申请撤回案件,然后通过撤销案件的方式得以终结。

虽然补充侦查是属于审查起诉阶段的活动,案件的终局性处理本应由检察机关决定,但考虑到案卷材料已回到公安机关,侦查活动也由公安人员实际开展,以公安申请撤回案件并在得

[48] 国内有些地方性检察规定已经做出了类似规定,如可参见《无锡市锡山区人民检察院关于规范公安机关撤回案件的工作细则》,相关报道见无锡市锡山区人民检察院:《我院出台〈关于规范公安机关撤回案件的工作细则〉》, http://wxxs.jsjc.gov.cn/yw/201812/t20181227_714483.shtml,最后访问日期:2024 年 12 月 9 日。

[49] 公安机关办理的普通刑事案件显然无法适用经济犯罪案件的疑案撤销案件处理机制,但普通刑事案件的疑案数在比例上却占据了公安机关疑案数的绝大多数,这恐怕正是实践中存在大量、长期挂案的制度性原因和根本原因。因此笔者建议,未来应该在《公安规定》甚至《刑事诉讼法》中明确规定疑案撤销案件制度,以便在侦查阶段、审查起诉阶段落实疑罪从无精神,实现撤销案件的人权保障、实体正义、程序法治和司法经济的价值追求。对此,实务专家亦有相同主张,参见黄长太:“浅谈疑案应作撤销案件处理”,《厦门法学》2022 年第 2 期,第 19—22 页。

到检察机关同意后再撤销案件的做法,具有更大合理性:程序价值上,既保障了犯罪嫌疑人免受不必要追诉和程序性惩罚的负累,又给予了公安机关终结案件、免于外部评价的空间;实体评判上,既肯认了犯罪嫌疑人获得无罪化处理的机会,又赋予了被害人及时主张损害赔偿的权利;实践理性上,既凸出了检察机关的主导地位,又彰显了公安机关的能动角色。

2. 撤回案件的程序规范

公安机关依照上述理由申请撤回案件的,应当针对检察机关出具的补充侦查提纲所进行的侦查措施、结果进行书面说明,并就撤回案件的主张承担举证和说服责任,且至少需要达到优势证据标准。^{〔50〕} 辩护律师可提出辩护意见,办案检察官应充分审查。同意撤回案件的,经分管检察长批准,报上级检察机关公诉部门备案;不同意撤回案件的,公安机关应在补充侦查结束后移送审查起诉。针对同一犯罪嫌疑人的案件,只允许申请撤回案件一次。

公安机关应当自收到检察机关同意撤回案件函的三十日以内,作出撤销案件或者对犯罪嫌疑人终止侦查的决定,并将有关情况通知同意撤回案件的检察机关,以便接受监督。如此建议,主要是参照、借用了《公安规定》第296条第3项以及《高检规则》第424条第2款“对于撤回起诉的案件,人民检察院应当在撤回起诉后三十日以内作出不起起诉决定”之规定,以便达成法律文件的逻辑性自洽与规范性融贯。

最后,犯罪嫌疑人被采取强制措施,公安机关应当自收到检察机关同意撤回案件函的三日内解除强制措施,并告知被害人。实践中,公安撤回案件后犯罪嫌疑人往往仍受强制措施拘束,虽可能从羁押性措施转为非羁押性措施,强制力度有所减弱但强制时长却大大增加。这在很大程度上反映了我国强制措施在适用过程中的沉痾,如学者所言,“强制措施的选择适用上需要遵循与社会危险性严重程度相称的比例原则要求,在程序构建上同样需要遵循与限制被追诉人权利程度相适应的程序保障原则”。^{〔51〕} 撤回案件程序中强制措施的功能超载甚至变异,对犯罪嫌疑人已然造成较大伤害,故而应最大程度地减少适用。

(三)体系:优化司法绩效考核机制

如果不能优化司法绩效考核机制以便从根本上激发办案人员的内动力,撤回案件程序的改革效果不会显著,因为趋利避害还会继续,规避繁琐程序与考核指标还会发生,自行减负、转移压力还会存在。所以,司法绩效考核机制的改革才是关键所在。

1. “结果导向考核”的弊端

我国现行司法考核机制主要通过量、率、错的可视化数字表现出来,对工作量的过度强调促使司法官因功利性考量尽量选择更为稳妥和有利于计件工作量的业务执行方式。^{〔52〕} 量化在保证统一可操作性的同时,忽视了刑事司法存在的特殊性。不同案件的复杂程度、办理难度以及当事人诉求各有差异,在统一计量模式下办案人员自然会选择办案投入产出率最佳的惯

〔50〕 参见王宇坤:“刑事程序倒流失范的成因分析与规范路径”,《大连海事学院学报(社会科学版)》2020年第5期,第56—57页。

〔51〕 李训虎:“逮捕制度再改革的法释义学解读”,《法学研究》2018年第3期,第162页。

〔52〕 参见郭松:“组织理性、程序理性与刑事司法绩效考核制度”,《政法论坛》2013年第4期,第74页;龙宗智:“试论建立健全司法绩效考核制度”,《政法论坛》2018年第4期,第7页。

性方式,从而形成僵化机械的同质化处理。清晰直观、精细可操作的定量因素,很大程度上导致作为隐形法的撤回案件程序的适用范围不合理地扩大。

结果导向模式的绩效设定下,结案率、定罪率的重要性突显。以追诉犯罪为偏好的评价体系必然忽视检察官的客观义务,诉讼目的的单一化也致使人权保障的价值在诉讼程序中难以实现。加之办案期限的压力,部分案件倒流回侦查机关以便不纳入检察机关的考核范围可以规避结案率欠佳的不利后果。同时,结果导向的考核模式也可能导致撤回案件程序中强制措施的滥用。比如,实践中将批捕纳入指标考核范畴,将不批捕决定的负面评价(如经复议或复核后改捕、在未羁押期间实施新的犯罪或干扰诉讼进展)与扣分制考核关联,高位的逮捕率自然会影响撤回案件后犯罪嫌疑人的羁押状态;更有甚者,将强制措施的严厉程度与考核积分呈正比,进一步加重了超期羁押的风险;此外,捕后不作犯罪处理的案件数量也对指标产生负面影响,同样加大了撤回案件被再次起诉的概率,这相当于将定罪量刑的实体审判权前移至公诉部门,甚至可以延伸到侦监及侦查部门。^[53]

结果导向模式试图从结果控制办案过程,而线型结构下的流水作业又难以从后位有效制约,组织方式与诉讼程序的悖反加剧了刑事诉讼的理性化障碍。科层型权力组织的政策实施程序也决定了我国现行绩效考核模式内部高度垄断、外部介入有限的特征,进而无法反馈撤回案件程序中作为不利益承受者的当事人对办案人员的评价,容易诱发办案风险。可见,撤回案件引发的程序倒流已然成为绩效考核下办案风险和考核成绩的边际效应输出,要从根本上合理规范撤回案件程序,有必要优化当前的司法绩效考核机制,在现行侧重司法人员利益的结果导向考核模式中适当吸纳保障当事人权益的“过程协同考量”,兴利去弊,以增强刑事司法的可监督性和社会认同感。

2. “过程协同考量”的优势

合理的绩效模式不应通过消极评价一味地遏制司法人员的自由裁量权,而应动态化地考量司法人员履职的勉励程度、办案能力、适格性、专业度以及案件处理是否公正等指标。办案中,处理行为在当时的情境中合理适当,即使随着程序推进,案件性质为后续进展所否定,也不宜在绩效考核中呈负面评价,否则必然会束缚司法人员相对自由的行为空间。

吸收“过程协同考量”的绩效考核模式,首先,应当鼓励检察人员依法作出不起诉决定以减少非常态倒流程序的适用率,对于作出不批捕、不起诉决定的案件且后续没有在证据发生变化的情况下经后续程序改变处理结果的,在增加工作量考核计算时予以激励。其次,应当严格依法适用撤回案件程序,对于随意开启倒流程序的司法人员予以绩效负面评价;撤回案件后不应以强制措施严厉程度作为考核因素,对于依法不适用强制措施的情形也纳入工作量计算中。

再次,需要适度扩大外部介入对考核的影响。2019年《检察官法》增加“全面原则”即对检察官的考核制度应当全面、客观、公正。听取人民群众包括检察官办理案件的当事人对考核检察官

[53] 参见万毅、师正清:“检察院绩效考核实证研究——以S市检察机关为样本的分析”,《东方法学》2009年第1期,第37页。

的评价,是全面、客观、公正考核的一个重要形式。^{〔54〕}我国现行司法绩效考评制度的人事导向特征与追诉犯罪偏好下的指标设计形成合力,忽视对被追诉人的权益保障,而被追诉人的意见反馈既是申诉控告权和救济渠道的延伸,也是倒逼办案质量和效果、避免违法与恣意行为的重要手段。

最后,有必要实现公安绩效评价向检察绩效评价靠拢,发挥公诉对侦查的引导作用。侦查是输出公正结果的前提,因为侦查不力导致事实不清或程序违法从而催生了大量的撤回案件,也给撤回案件程序打上了自我纠错的烙印。因此除了应当重塑检察机关在撤回案件程序中的主导地位,还应将侦查人员因故意和重大过失行为造成的撤回案件及其后的违法行为反向纳入公安绩效考核、予以负面评价,以规避自我纠错造成侦查质量把关不严的风险,从而谨慎开启撤回案件程序。

Abstract: For a long time, the procedure for public security authorities to withdraw cases has served as the “fourth path” during the review and prosecution stage. In essence, it is a profit-seeking and harm-avoiding implicit norm, a reciprocal and collaborative case-handling model, and a policy-driven litigation procedure. The persistence of the case withdrawal procedure, despite repeated prohibitions, ultimately stems from the practical rationality it exhibits within the scope of authority: using informal communication to enhance case-handling efficiency constrained by hierarchical filtering, employing deferred handling to facilitate truth discovery hindered by due process, and restoring legal peace disrupted by criminal offenses through non-punitive filtering. However, from a rights-based perspective, the case withdrawal procedure is undergoing functional distortion, leading to the degeneration of prosecutorial decisions into investigative dispositions, the transference of power irregularities into infringements on rights, and the reduction of “case closure and resolution” into retaliatory prosecutions. Looking toward a relatively reasonable future paradigm, the approach should aim for the “restoration” of the case withdrawal procedure in principle, while structurally establishing a prosecutor-led open model, standardizing the statutory procedures for case withdrawal by public security authorities, and optimizing the judicial performance evaluation mechanism.

Key Words: Examination and Prosecution; Withdrawal Procedure; Practical Rationality; Function Alienation

(责任编辑:吴洪淇)

〔54〕 参见王爱立主编:《中华人民共和国检察官法解读》,中国法制出版社第2019年版,第215页。