

存疑不起诉仍需同步审查行政处罚必要性

新知洞见

□林丹 毛静妮

2021年6月中共中央发布的《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》明确提出，要健全检察机关对决定不起诉的犯罪嫌疑人依法移送有关主管机关给予行政处罚、政务处分或者其他处分的制度。2021年9月最高检制定的《关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》（以下简称《刑刑衔接工作规定》）也就加强不起诉后的反向衔接工作提出了要求，即人民检察院在拟作出不起诉决定的同时，需要依法审查是否对被不起诉人给予行政处罚。

检察机关的不起诉决定主要分为法定不起诉、酌定不起诉、存疑不起诉三种类型。对于法定不起诉、酌定不起诉，检察机关在拟不起诉时应当审查行政处罚必要性，这在刑事诉讼法第177条第3款中有明确规定。对于存疑不起诉检察机关能否建议行政处罚却存有争议。有观点认为，存疑不起诉单规定于刑事诉讼法第175条中，未像法定不起诉、酌定不起诉一样被囊括进第177条第3款，表明立法者未授权检察机关对存疑不起诉提出行政处罚意见；还有观点认为，存疑不起诉并非终局性处理，在刑案未了之前就给予行政处罚有违刑事优先原则。笔者认为，检察机关在拟存疑不起诉时仍需同步审查行政处罚必要性。

存疑不起诉属于需要审查行政处罚必要性的不起诉案件类型。首先，立法上并未限制应当移送行政

●对于存疑不起诉检察机关能否建议行政处罚存有争议。有观点认为存疑不起诉单独规定于刑事诉讼法第175条中，未像法定不起诉、酌定不起诉一样被囊括进刑事诉讼法第177条第3款；还有观点认为，存疑不起诉并非终局性处理，在刑案未了之前就给予行政处罚有违刑事优先原则。

●存疑不起诉属于需要审查行政处罚必要性的不起诉案件类型。刑事诉讼法第177条第3款规定：“对被不起诉人需要给予行政处罚、处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。”使用的表述是“被不起诉人”而不是“被法定（酌定）不起诉人”。

●存疑不起诉后被行政处罚，如因出现新的证据被提起公诉判处刑罚的，若行政处罚是警告、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照等申诫罚、行为罚的，因与刑罚的种类、功能不同，本就不涉及一事不再罚原则；若行政处罚是行政拘留、罚款等人身自由罚、财产罚的，则在追究刑事责任时需对此前的行政处罚予以考虑，适当从轻，判处自由刑、罚金刑的依法可进行折抵。

处罚的不起诉案件类型

刑事诉讼法第177条第3款规定：“对被不起诉人需要给予行政处罚、处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。”使用的表述是“被不起诉人”而不是“被法定（酌定）不起诉人”。《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》和《刑刑衔接工作规定》也使用了相同的表述，可见立法者没有限定不起诉案件类型的意见。其次，存疑不起诉被单独规定是基于行文逻辑的需要。刑事诉讼法第175条规定了补充侦查制度，并在第4款规定：“对于二次补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，应当作出不起诉的决定”。补侦后证据不足是存疑不起诉的前提，存疑不起诉是补侦证据不足的延伸结果，将存疑不起诉规定在此旨在使法条文更加顺畅，逻辑更加清晰，不能据此认为存疑不起诉与审查行政处罚相互排斥。

对存疑不起诉给予行政处罚不违反一事不再罚原则。

存疑不起诉的被不起诉人仍可能因出现新的证据被提起公诉进而判处刑罚，若对其建议行政处罚后

又对其处以刑罚，是否违反一事不再罚原则？我国在刑刑衔接机制中采取了有限的一事不再罚原则。行政处罚法第35条规定：“违法行为构成犯罪，人民法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期。违法行为构成犯罪，人民法院判处罚金时，行政机关已经给予当事人罚金的，应当折抵相应罚金；行政机关尚未给予当事人罚款的，不再给予罚款。”《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第11条第2款规定：“行政执法机关向公安机关移送涉嫌犯罪案件前已经作出警告、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照的行政处罚决定，不停止执行。”结合我国行政处罚法与《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》的规定，可以看出一事不再罚原则适用于行政处罚与刑罚处罚同种类的处罚之中，不同种类的处罚则不存在所谓的违反一事不再罚原则。存疑不起诉后被行政处罚，如因出现新的证据被提起公诉判处刑罚的，若行政处罚是警告、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照等申诫罚、行为罚的，

因与刑罚的种类、功能不同，本就不涉及一事不再罚原则；若行政处罚是行政拘留、罚款等人身自由罚、财产罚的，则在追究刑事责任时需对此前的行政处罚予以考虑，适当从轻，判处自由刑、罚金刑的依法可进行折抵。故存疑不起诉后给予行政处罚也不会违反一事不再罚原则。

存疑不起诉给予行政处罚与刑事优先并不冲突。在刑行交叉案件中，有观点认为因刑事程序更有利于查明案件事实、减轻当事人负担、节约公共资源，应当遵循先刑事后行政顺序，存疑不起诉因司法机关尚未作出终局性处理，故检察机关不应建议行政处罚。但我国在法律制度层面并不是不区分条件、不加限定地主张按先刑事、后行政处罚处罚的，不予追究刑事责任。”可以看出对于涉嫌犯罪的违法行为同步作出行政处罚是合法的，对该罪名甚至可以说采取的是行政责任追究优先的做法。在经济关系越来越复杂、经济活动与刑事犯罪缠绕

案例精解

打击危险作业犯罪行为 筑牢安全生产防线

□本报记者 蒋长顺 通讯员 李敬昌

【案情介绍】

2021年12月5日晚，赵某伙同王某甲、但某、何某、王某乙、魏某、聂某、许某潜入湖北省十堰市郧阳区鲍峡镇云盖寺绿松石矿区。在未取得采矿许可及相关安全生产许可、资质，且明知云盖寺绿松石矿洞内存在巨大安全隐患的情况下，赵某等8人仍然冒着风险从云盖寺绿松石矿“拐枣树”洞口进入矿洞内非法开采绿松石。当晚23时许，他们被云盖寺绿松石矿山公园稽查队查获，当场查获价值约2万元的绿松石原石7925克。

2022年6月29日，经十堰市郧阳区检察院提起公诉，法院以危险作业罪分别判处赵某等8人有期徒刑六个月至七个月不等的刑罚。

【检察履职】

区分罪与非罪、此罪与彼罪，准确性。该案于2022年1月21日由区公安分局移送审查逮捕。受理案件后，承办检察官经过审慎审查案卷，认真分析本案的事实证据情况，认为8名犯罪嫌疑人的行为违反矿产资源法，非法采矿，但未达到情节严重的程度，不构成非法采矿罪；8名犯罪嫌疑人的行为违反有关安全管理规定，在有重大安全隐患且具有发生重大伤亡事故或其他严重后果的现实危险的绿松石矿区进行非法作业，构成危险作业罪。因为危险作业罪的犯罪主体系一般主体，自然人也可构成该罪，并不限定工厂、矿山、企业等单位工作人员。

深入案发地查看走访，依法作出批捕决定。案件准确性后，为审慎作出是否批捕的决定，承办检察官深入案发地调查了解，走访当地群众，询问矿区工作人员安全监管情况，了解到郧阳区鲍峡镇云盖寺绿松石矿系老、旧、危矿区，因资源枯竭、环境污染严重和地质滑坡安全隐患被当地政府关停，当地政府投入了大量人力物力财力对该矿山进行整治，但多年来私挖乱采现象一直屡禁不止，带来巨大的安全隐患，并因此发生多起矿山事故。为遏制这一现象发生，严厉打击危险作业行为，保护人民群众生命财产安全，体现法律打击震慑作用，综合考虑案件情况，检察机关依法对8名犯罪嫌疑人批准逮捕。

依案释法说理，犯罪嫌疑人认罪认罚。3月7日，该案移送审查起诉后，承办检察官坚持惩罚与教育并重，对8名犯罪嫌疑人耐心释法说理，8名犯罪嫌疑人均认识到自己的错误，自愿认罪认罚并签署具结书。结合案件情况，检察机关提出对赵某、王某甲判处有期徒刑七个月、其他6名犯罪嫌疑人有期徒刑六个月的量刑建议。

合力多方协同，积极参与社会治理。一是宣传积极跟进。为营造舆论声势和宣传效果，检察机关对8名犯罪嫌疑人依法批捕后，联合区自然资源局和应急管理局在重点乡镇进行法治宣传，对私挖乱采、危险作业现象形成震慑。二是制发检察建议。对辖区内矿山安全生产进行了一次大检查、大整治，并结合案件暴露出的行业监管漏洞，向相关部门制发检察建议书，从源头上预防整治，坚决遏制安全事故高发的态势。

【典型意义】

办案必须始终坚持以依法为根本遵循。危险作业罪是刑法修正案（十一）新增的罪名，新增的目的在于打击在生产、作业中违反安全管理规定的行为。在生产作业中违反安全管理规定，不仅对生产作业人员，而且对其他不特定多数人的生命、健康和财产产生较大安全隐患。这种安全隐患一旦转化为安全生产事故，将造成难以估量的巨大损失。危险作业罪不要求实际发生安全生产作业事故，只要具备现实危险，因此系危险犯。其罪名的核心在于预防，防患于未然，将安全生产关口前移实现减少事故隐患。因此，准确认定案件事实，准确把握立法本意是办好案件的关键。针对本案存在罪与非罪、此罪与彼罪的意见分歧，承办检察官从犯罪主体、客体、主观和客观方面厘清本质，准确性，依法审慎以涉嫌危险作业罪批准逮捕和提起公诉。

办案必须注重服务服从党委政府工作大局。检察工作在党和国家工作大局下开展，也必须为党和国家工作大局服务。本案中8名犯罪嫌疑人实施的行为社会影响恶劣，如果不严厉打击，其他群众会因为利益驱动，冒险进入废弃矿洞进行非法危险作业，对区域安全生产造成严重负面影响。检察机关从服务区委工作大局、更好推进社会治理的角度出发，从严从快办理，对8名犯罪嫌疑人依法批准逮捕，为区域法治担当。

办案不能机械司法、“就案办案”，更要注重能动践行司法理念，提高办案质效，参与社会治理。检察机关坚持惩罚犯罪与保障人权并重，对8名犯罪嫌疑人依法批捕，促进其自愿认罪认罚。为有效遏制私挖乱采、危险作业势头，检察机关注重能动履职，有针对性地开展宣传工作、制发检察建议，做到治罪与治理并重。该案的批捕起诉，起到了“打击一件、治理一片”的效果。该案的办理有效遏制了私挖乱采现象，全区矿山整治工作取得明显效果。

全程“质检”，拧紧暂予监外执行“监督阀”

□尉燕丽 何若愚

近年来，浙江省诸暨市检察院聚焦暂予监外执行突出问题，从病情诊断实质审查、异地协作、社会危险性评估、收监执行、后续跟踪监督五个维度，推进“纸面服刑”综合治理，全方位杜绝违法违规暂予监外执行。针对病情诊断中存在的问题制发检察建议，从源头封堵“纸面服刑”漏洞风险，同时对暂予监外执行中普遍存在的问题不断完善制度机制，努力实现政治效果、社会效果和法律效果的统一。

灵活创新，破解“判实未执”困境

诸暨市检察院在工作中发现判决生效后对罪犯开展暂予监外执行容易导致“判实未执”，为更好地解决暂予监外执行工作遇到的难点、堵点，该院牵头推动公检法司各单位明确各单位联系人，定期召开联席会议，落实责任，堵塞漏洞，加强衔接配合，形成工作合力。

该院联合公安、法院探索病

情诊断环节前移模式，在侦查、审查阶段即通过讯问、询问、收集疾病证据等方式，甄选锁定患有严重疾病对象，对可能判处实刑的犯罪嫌疑人由法院提前委托省级人民政府指定的医院进行病情诊断，顺利解决“判实未执”难题。

针对外地罪犯因身体原因无法开展病情诊断工作，导致长时间“判实未执”的，该院主动与法院、公安局沟通协商，创新运用异地协助工作机制，确保暂予监外执行工作顺利开展，由法院、公安局发送异地协助工作函至当地的法院、公安局，由当地的法院、公安局出面委托当地的医疗机构对罪犯进行病情诊断。如杨某暂予监外执行案中，杨某在西安因患胃癌需化疗，身体极为虚弱，如其自带至诸暨进行病情诊断，需耗费大量的人力物力，而且罪犯的身体状况可能会发生病情恶化甚至死亡的办案事故，通过异地协助委托病情诊断的工作机制能够避免办案事故发生，同时也节约了司法成本，破解了开展病情诊断难的问题。

突出重点，严把暂予监外执行审查关

病情诊断书是判定是否暂予监外执行的基石。诸暨市检察院坚持实质性审查病情诊断书，对标《保外就医重大疾病范围》，从严把保外就医条件，同时在审查中充分发挥政法机关上下一体化联动优势，积极寻求上级法院医支持，进行技术性证据审查，突破病情诊断审查专业瓶颈，精准严防“纸面服刑”产生。如罪犯何某暂予监外执行提请监督案，医院经诊断为符合保外就医条件，该院向上级院申请同步技术审查，认为何某双上肢肌力五级正常、双下肢肌力二级，不符合保外就医条件，即提出不同意暂予监外执行意见，并被法院采纳，避免错误暂予监外执行。

该院还针对在审查中存在应从严未从严、忽视对规范治疗的审查、忽视对社会危险性审查等问题，创设“四步审查”工作法，即从是否属于从严审批罪犯、是否规范治疗、综合审查病情是否符合保外就医条件、审查罪犯社会危险性的顺序进行全面审查，并针对鉴定

医师对保外就医条件把握不严、诊断不细、担当不足的问题，向相关医疗单位和卫生行政部门发送检察建议，督促暂予监外执行诊断规范运行。

多方联动，夯实后续执行监督关

收监执行和后续跟踪监督是暂予监外执行监督的至关重要的一环，诸暨市检察院通过亲历性监督筑牢暂予监外执行监督的堤坝。

针对罪犯未成年子女无人抚养难题，该院转变思路、因案施策，着力破解收监执行难题，联合公安、法院、司法、民政等部门，主动对接社会福利机构，多部门联动合力破解抚养难题，确保罪犯安心服刑。

针对“带病”收监执行常态化，该院以系统思维做好“判实未执、应收未收”配套，提升看守所监管医治水平。从基础监管上，注重发现刑罚执行和监管活动中存在的不稳定因素，提升监管基础医治能力和水平，及时监督、排除隐患，确保监管场所秩序稳定，目前诸暨市看守所已建立体检中心用于在押人员疾病的检查治疗。

行为人经口头传唤到案算不算自动投案

□肖恩

【基本案情】

2021年10月15日，王某驾车携带气枪上山非法打猎，猎获国家“三有”野生动物雉鸡、斑鸠各1只，被巡逻的派出所民警查获，在民警询问时他如实供述了主要事实，后按民警指示回家等候处理。同年11月18日，公安机关根据治安管理处罚法对具有非法携带枪支行为的王某，处以行政拘留五日。11月29日，公安机关决定对王某涉嫌非法狩猎罪立案侦查。同日，王某经民警电话通知到案后再次如实供述了犯罪事实。

【分歧意见】

自首是刑事案件中常见且重要的量刑情节，对犯罪分子最终的刑罚结果影响较大。自动投案和如实供述自己的罪行是成立自首的两大要件。虽然刑法和相关司法解释对这两大要件有比较详细的的规定，但司法实践中有些案件行为人归案情形不典型，影响了自首情节的准确认定。本案中，王某的犯罪工具、猎获物被当场查获，虽然民警足以

判断王某主要的犯罪事实，但从刑事诉讼程序层面看，其是在公安机关刑事立案后接受电话传唤到案并如实供述犯罪事实的。对于这种破案在先而立案在后即“先破后立”的刑事案件，行为人接受口头传唤到案是否属于自动投案，办案人员存在意见分歧。

第一种观点认为，《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第一条第（一）项规定，“犯罪事实或犯罪嫌疑人虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案”，是自动投案。王某在公安机关立案后才被电话传唤到案，符合前述规定，应当认定为自动投案。

第二种观点认为，《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》（以下简称《意见》）第一条规定，犯罪嫌疑人因形迹可疑被盘问、教育后，主动交代了犯罪事实的，应当视为自动投案，但在其身上、随身携带的物品、驾乘的交通工具等处发现与犯罪有关的物

品的，不能认定为自动投案。民警在王某的车上查获的气枪、猎获物均与犯罪有关，故不能认定王某是自动投案。

【评析意见】

笔者同意第二种观点，不应该认定王某具有自动投案情节。理由如下：

第一，主动性和自愿性是自动投案的根本特征。犯罪发生后，侦查机关对犯罪情况的掌握可能呈现三种情形：一是对犯罪事实、犯罪嫌疑人均未掌握；二是只掌握犯罪事实但未掌握犯罪嫌疑人；三是对犯罪事实、犯罪嫌疑人均已掌握。这三种情形下，只要犯罪嫌疑人主动、自愿投案，愿意将自身置于侦查机关控制之下，无疑都属于自动投案。但是，“人赃并获”的案件，侦查机关掌握犯罪事实、犯罪嫌疑人和控制犯罪嫌疑人基本同步完成。既然犯罪嫌疑人已经被动归案，那么对应的自动投案就没有存在的余地。从主观意愿上看，犯罪嫌疑人绝不希望自己被“人赃并获”，其没有将自己交付法律制裁的自愿性。

第二，立案前调查对犯罪嫌疑人具有准刑事侦查的约束力。《解释》规定犯罪事实或犯罪嫌疑人虽被司法机关发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向司法机关投案，也属于自动投案。讯问、取保候审等刑事强制措施代刑事侦查活动的开展，犯罪嫌疑人在此之前投案，表明其自愿接受刑事侦查程序约束，愿意配合侦查、调查。在行政违法与刑事犯罪交织的案件中，侦查机关对主要违法、犯罪事实的调查在内容方面重合度较高，侦查机关刑事立案前的调查具有准刑事侦查的性质。在“人赃并获”的案件中，犯罪嫌疑人可能不知道侦查机关是否已经刑事立案，也不明确治安案件调查和刑事案件调查的区别，其主观上对侦查机关的所有调查活动概括接受、无条件配合。因此，对犯罪嫌疑人而言，刑事立案后的口头传唤并不是刑事侦查约束力的起点，犯罪嫌疑人人在被“人赃并获”时就已经在事实上受侦查机关调查程序的约束。

第三，口头传唤到案的司法经济性应当进行实质判断。自首制度鼓励犯罪嫌疑人自动投案的重要原因之一是节约司法资源，特别是节省抓捕犯罪嫌疑人成本。典型的情况是，犯罪嫌疑人被侦查机关口头传唤前从未与办案人员接触过，心理上不受任何约束，其接到不具有强制性的口头传唤时，在可以拒绝的情况下接受传唤到案，确实可以节约司法资源，因而应当加以鼓励。但是，由于“人赃并获”案件犯罪嫌疑人受准刑事侦查行为的约束，当犯罪行为只面临较轻缓罚后果，逃跑的成本与最终逃脱法律制裁的概率成反比时，其拒绝接受口头传唤而选择逃跑的概率极低。因此，“人赃并获”案件的犯罪嫌疑人经口头传唤到案节约司法资源的意义不大，司法经济性不明显。

综上，在“先破后立”的案件中，口头传唤到案不宜一概认定为自动投案，要根据案件情况进行实质性判断再确定。

（作者单位：重庆市人民检察院第四分院）