**刑法谦抑性视野下相对不起诉的实证研究**

吕敏妍、沈晓凡、宋朗、何鹏辉＊

摘要：刑法谦抑性的理论基础为限制刑罚权滥用与保障人权，当今社会实现刑事法律社会治理效益的最大化也应当成为刑法谦抑性的重要理论基础。刑法谦抑性不是为了限制刑法的适用，寻求最有利于犯罪嫌疑人、被告人的结果，而是为了刑法最妥当的适用，寻求最有助于社会治理的结果。相对不起诉是刑法谦抑性在司法层面的重要体现，以上述前提理解相对不起诉制度，可以得出并非相对不起诉数量越多就越符合刑法谦抑性的结论，相对不起诉的适用也应当以发挥刑事法律社会效益的最大化为核心。应当承认刑事法律的有限性，将其视为社会治理的一环，需求与其他社会控制手段的配合，才能最好的维护社会的稳定与和谐。

关键词：刑法谦抑性；相对不起诉；社会系统

一、顺德检察院相对不起诉适用数据

相对不起诉是起诉便宜主义的重要内容，具有保障人权、实现司法效益最大化的作用，同时也是刑法谦抑性在司法层面的体现。刑法谦抑性是刑事法律的重要理念，但是刑法谦抑性不同于有利于被告原则，并非单方面、无条件的限制刑法的适用，而是力求发挥刑事法律在社会治理、控制犯罪中最大化的效用。刑法谦抑性可以分为立法层面的谦抑性与司法方面的谦抑性，目前的理论探讨主要限于前者，而司法层面的谦抑性理论仍然处于混沌状态，学者对于刑法谦抑性对司法的影响与表现方式尚未得出一致结论，有学者认为司法层面的刑法谦抑性已经搁浅，[[1]](#footnote-0)成为了单纯的标签理论。[[2]](#footnote-1)本文以顺德区人民检察院2014年至2018年所承办的案件为研究对象，通过观察其相对不起诉的适用情况，探究刑法谦抑性在司法层面的定位与具体操作路径。

2013年12月26日至2018年12月25日，顺德区人民检察院起诉人数为32171人，不起诉案件人数为1196人，其中存疑不起诉为682人，法定不起诉为100人，相对不起诉则为415人，相对不起诉占起诉人数1.3%，占办理案件总人数的1.2%。根据人民检察院工作报告，2013年至2017年广东省共提起公诉756514人，情节轻微而作相对不起诉的涉案人数为40714人，占公诉人数的5.38%，2018年全国提起公诉1692846人，做出相对不起诉的涉案人数为102572人，占公诉人数的6.06%。由此可见，顺德区相对不起诉的适用比例远远低于广东省及其全国的适用比例。

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 年份 | 起诉总人数 | 相对不起诉人数 | 相对不起诉人数占比 |
| 2014 | 6409 | 93 | 1.4% |
| 2015 | 7211 | 87 | 1.2% |
| 2016 | 6813 | 54 | 0.7% |
| 2017 | 6381 | 46 | 0.7% |
| 2018 | 6337 | 144 | 2.3% |

**表一：2014年至2018年相对不起诉人数及占比**

从上表中可以看出，2014年至2018年顺德区人民检察院的承办案件中，相对不起诉人数的增减并不与起诉总人数的增减直接挂钩，如2015年涉案人数大幅增长，相对不起诉人数反而减少，五年来相对不起诉人数占比大致呈现先减后增的趋势，但整体仍然处于较低水平。

|  |  |
| --- | --- |
| 判决结果 | 人数 |
| 免于刑事处罚 | 197 |
| 单处罚金 | 272 |
| 管制 | 1 |
| 拘役缓刑 | 2505 |
| 拘役 | 5982 |
| 有期徒刑缓刑 | 2509 |
| 合计 | 11466 |

**表二：2013年12月26日至2018年12月31日判决结果统计**

从判决结果统计中可以看出，与仅有415人的相对不起诉适用人数相比，四年来将近200人的免于刑事处罚判决人数和272人的单独判处罚金人数不容忽视，此外判处拘役缓刑的人数亦相当可观。相当数量的被告人最终被判处了轻微刑罚甚至是免于刑事处罚，可以认为相对不起诉在顺德区司法层面仍有一定的适用空间。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 人数 | 占此罪提起公诉人数比重 |
| 提起公诉 | 6836 | 1 |
| 相对不起诉 | 69 | 1% |
| 免于刑事处罚 | 106 | 1.6% |
| 拘役缓刑 | 2154 | 31.5% |
| 拘役 | 4429 | 64.8% |

**表三：危险驾驶罪各项分布**

在判处拘役缓刑的案件中，以危险驾驶罪为案由做出判决的有2154人，占所有判处拘役缓刑案件的86.0%。危险驾驶的案件在顺德区承办案件中占据较大比重，自此罪名确定以来，危险驾驶案件在顺德区每年承办的案件中约占2/5。危险驾驶罪本身的最高刑为拘役，因此出现较大数量的拘役缓刑的判决可以理解，但综合危险驾驶罪的全部数据来看，此罪的相对不起诉比例依然较低，相对不起诉占起诉人数的比例甚至低于全部相对不起诉案件人数的1.3%占比，同时最终作免于刑事处罚判决的人数亦多于相对不起诉人数。

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 罪名 | 起诉案件数/人数 | 相对不起诉人数 | 相对不起诉人数占比 | 免于刑事处罚人数 |
| 危险驾驶罪 | 6820/6836 | 69 | 1% | 106 |
| 盗窃罪 | 5860/7481 | 60 | 0.80% | 2 |
| 故意伤害罪 | 1547/2055 | 50 | 2.4% | 4 |
| 生产销售假药罪 | 178/203 | 32 | 15.7% | 2 |
| 开设赌场罪 | 670/2545 | 18 | 0.70% | 2 |
| 诈骗罪 | 610/1178 | 17 | 1.40% | 0 |
| 抢夺罪 | 279/383 | 16 | 4.10% | 0 |
| 寻衅滋事罪 | 436/924 | 13 | 1.40% | 6 |

**表四：相对不起诉人数前八项罪名数据对比**

从表四中可以看出，在相对不起诉人数排名前八项罪名的案件中，生产销售假药罪的相对不起诉人数占比远高于平均水平，这与2014年至2018年集中处理的生产销售毒豆芽案件有关。【毒豆芽案件具体情况】其他七类案件中，除危险驾驶罪外，其他类案件虽然相对不起诉人数占比较低，但是起诉的被告人基本都被判处相应刑罚，公诉在适用国家刑罚权的过程中发挥了应有的作用。就危险驾驶罪而言，免于刑事处罚的人数接近相对不起诉人数的两倍，公诉资源的浪费可见一斑。即使轻罪案件中固然存在就轻微情节提起公诉的价值取向，但从刑事法律的地位、刑法严厉性和节约司法资源、实现刑法社会效益的角度出发，依然应当在提起公诉中保持慎重、审慎的态度。

二、刑法谦抑性的理论理解与司法适用

谦抑性是刑事法律的重要理念，强调限制刑罚权的肆意适用，并保障公民个人的权利与自由。但刑法谦抑性不等同于“有利于被告”，其并非对刑罚权的单方面限制，不意味着刑法适用的越少就越符合刑法的谦抑性，就越有利于社会。刑事法律是控制犯罪、治理社会的重要手段，其出发点与最终目的都是为了维护社会的和谐与安定，实现社会效益的最大化，刑法谦抑性作为刑事法律的重要理念，也应当以社会和谐为价值导向，一味地扩大刑罚权的适用以严厉打击犯罪固然不是刑法谦抑性的体现，一味地限制刑罚权以至于无法满足治理社会的需求也绝非刑法谦抑性的内容。践行刑法谦抑性的理念应当考虑多方因素，来判断刑法的适用是否妥当，是否有利于刑法社会治理效益的最大化，正确的理解刑法谦抑性理念对司法实践具有重要的意义。

**（一）刑法谦抑性的含义与定位**

刑法谦抑性，是指刑法应当依据一定的规则控制处罚范围和处罚程度，即凡是适用其他法律足以抑制某种违法行为、足以保护法益时，就不要将其规定为犯罪；凡适用较轻的制裁方法足以抑制某种犯罪行为、足以保护法益时，就不要适用较重的制裁方法。[[3]](#footnote-2)刑法的谦抑性包括处罚范围与处罚程度两个方面，前者意味着罪与非罪，后者意味着重刑轻刑。日本学者平野龙一将刑法谦抑性概括为三个方面：补充性、不完整性与宽容性，补充性指只有当习惯、道德等非正式的社会控制手段和民事行政等其他手段无法保护法益的情况下才能适用刑法，不完整性指刑法不应当覆盖公民生活的方方面面，宽容性指即使其他的法律和社会控制手段均没有实现全面保护法益的目标，对于出现的违法行为刑法也没有必要全部的加以处罚。平野龙一对刑法谦抑性的三性理解获得了大多数学者的认同。

刑法谦抑性的定位应当是是刑法理念而非具有较强可操作性的刑法基本原则。刑法谦抑性不同于罪刑法定、罪刑相适应等刑法的基本原则，相比之下，后者已经发展出了较为完善的理论体系，在立法与司法层面具有操作性较强的具体规则，而就刑法的谦抑性而言，目前理论界的主要论述仍然限于概念本身的理解和立法上的倡导，对司法层面具体操作的讨论仍然不充分。刑法谦抑性也不同于存疑有利于被告原则，存疑有利于被告是证据法上的规则，具体内容为当已有的查证属实的证据无法使法官达成心证时，做有利于被告人的判断。存疑有利于被告原则也常被称为有利于被告，文字的缩减往往带来理解的分歧，有学者认为这一原则不仅应适用于事实问题，也应当适用于法律问题，在法律定性等问题难以决断时做有利于被告人的决定，这一观点也受到了其他学者的批评，如张明楷教授认为，刑法适用存在问题时，不应当强调作有利于被告人的决定，而应当强调作最合适的决定。[[4]](#footnote-3)如果在法律问题中适用存疑有利于被告原则，意味着每有疑惑，天平便毫无例外的倾向于被告人，从浅层而言司法机关在处理案件中的自由裁量权将大打折扣，刑事法律的理念和制度无法在疑难的个案中获得突破与发展，从深层而言将进一步深化法律与生俱来的滞后性，使得刑事法律无法回应社会需求。刑法的谦抑性理念亦是如此，因而切不可将刑法谦抑性与存疑有利于被告原则对等，进而以有利于被告的表面文义理解其内涵。刑法谦抑性中固然具有限制刑罚权、保障人权的思想，但其主要体现在立法层面，通过刑事立法将需要由刑法规制的行为从社会诸多行为中划分出来，而在司法层面，人权保障与限权精神本身不能也不可能作为司法适用中的指导规则，刑法谦抑性仍然要以罪刑法定与罪刑相适应为前提，最终寻求的是最合适的结果而不是使得刑法“谦抑”的结果，是最能回应社会治理需求的结果而不是对被告人而言最轻或较轻的处置。可见相比于基本原则的定位，刑法谦抑性更适宜定位于刑法理念，因此了解这一理念的理论基础对于这一理念在司法层面的妥当呈现具有重要意义。

**（二）刑法谦抑性的理论基础**

在传统的刑法理论中，刑法谦抑性的理论基础可以分为人权保障和减少刑罚的消极作用两个方面。谦抑性本身体现着一种限权思想，是近代以来人权与王权抗争的产物，不仅刑法适用具有谦抑性，民法、行政法等其他法律相对于其他非正式的社会控制手段也具有谦抑性，但相比于其他部门法，刑法以最为严厉的、触及基本人权的刑罚作为制裁手段，兼具保障其他部门法实施的客观作用，其法律地位要求人们给予刑法的谦抑性以更多的关注。刑罚也具有不可忽视的消极作用，如就极刑的适用可能使罪犯以“反正不过一死”的心态反复实施极端犯罪，又如刑罚会使罪犯贴上“犯罪者”的标签，使其出狱之后再社会化困难而走上再次犯罪的道路。

在当代社会中，实现刑法经济与社会整体效益的最大化也应当成为刑法谦抑性的重要基础。一方面，近代以来强调的公权与私权之间的尖锐对立逐渐弱化，另一方面，社会飞速发展，更为复杂的新的类型的风险逐渐形成，公民生活与交往关系愈发复杂，法律要积极回应社会发展的需求将新的社会关系纳入其中，刑事法律中如何分配有限的司法资源，实现司法资源利用与社会效益的最大化成为了当下重要的课题。首先应当认识到刑事法律的有限性，犯罪是一个社会问题，经济、教育等多方面因素都可能成为犯罪滋生的土壤，正如贫富差距较大的地区、平均受教育较低的地区往往具有较高的犯罪率，而刑事法律作为社会治理中的一环，其本身无法承担起完全解决犯罪问题的重任。一方面，社会生活与犯罪行为是多样的，而刑法采取类型化的技术从具体行为中归纳出犯罪构成要件，这将掩盖具体犯罪行为的特殊性，人人平等适用也意味着无法究其症结对症下药，刑法无法直接指向犯罪原因，另一方面，刑法适用于犯罪行为发生之后，在一个犯罪行为的原因产生、行为发生、侵害法益的过程中，刑法作用发挥于最末端，主要是事后的惩罚与震慑作用。如果以社会和谐为最终目标，从社会治理的全局观察，应当承认刑事法律的有限性，而后发挥其在社会治理中的最大作用，认为刑事法律适用可以独挑犯罪控制的大梁而一味实施积极而严厉的刑罚，极有可能在收效甚微的同时造成有限司法资源的浪费。

三、刑法谦抑性理念下顺检数据的分析

相对不起诉是起诉便宜主义的重要内容，规定于《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十七条第二款：“对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以做出不起诉决定”。可能做出相对不起诉决定的案件是犯罪情节轻微的案件，这类案件进入审判中既可能不需要判处刑罚或者免除刑罚，也可能仅仅判处较轻的刑罚，如视其罪名不同而最终判处管制、拘役或罚金刑。将这类案件终止于起诉阶段，有助于使犯罪嫌疑人免除讼累，也有助于从整体上节约司法资源。相对不起诉制度确实可以使相关犯罪嫌疑人免于刑罚权的适用，从而起到保护人权与限制刑罚权的作用，但这两点并非这一制度的直接原因，相对不起诉制度的价值仍然应当从司法资源的分配角度考虑。尤其鉴于在相对不起诉中，犯罪嫌疑人的犯罪性质尚未审判便已被认定，因而并不能摆脱标签理论带来的负面影响。

从第一部分的数据中可以看出顺德检察院处理案件过程中，相对不起诉的适用始终较少，远低于全省及全国的平均水平，但是相对不起诉适用较少不能直接得出司法工作有违刑法谦抑性的结论。因为刑法谦抑性并不是单纯强调刑罚权的少适用，而是强调刑罚权的妥当适用与资源效用的最大化。顺检的相对不起诉适用对刑法谦抑性的践行程度，仍要认真探讨其原因，要通过与审判结果的对比等得出。

目前顺德检察院相对不起诉适用较少的原因可能有以下几点：

第一，检察官在处理案件中仍然秉持有罪必诉的起诉法定主义理念。检察官在司法实务中依然倾向于严格执法，毕竟在罪刑法定与罪刑相适应原则下，严重的行为判处较重的刑罚，轻微的行为判处轻微的刑罚更加符合检察官以及民众们内心的公平正义观念，而不是严重的行为重判，而轻微的行为却可能逃脱刑罚。相对不起诉不同于绝对不起诉与存疑不起诉，在犯罪嫌疑性的行为触犯刑法的时候，其行为定性已经展现出了相当的可谴责性，即使最终可能只判处极轻微的刑罚甚至得以免除刑罚，也应当经过审判，审判的过程或者称为讼累，在实践中也转化为了一种程序性的惩罚机制。

第二，对被害人在刑事法律中地位的认可。大多数刑事案件中都存在具体的被害人，但正如目前的刑事法律所展现的，被害人在刑事制度中并没有得到相应的地位与保护，刑事关系基本成为了公安司法机关与犯罪嫌疑人、被告人之间的两极关系，而被害人的诉求，其需要发泄的情绪、亟需的社会安全感以及相应的经济补偿往往被忽视。实践中不乏做出不起诉决定后被害人持续上访的情形，因此检察官决定对轻微案件提起公诉也往往出于对被害人的关怀。犯罪行为发生后，不仅存在犯罪嫌疑人、被告人再社会化的需要，被害人也存在再社会化的需要，必须从社会整体上进行社会治理、谋求社会和谐，否则对被害人的忽视可能造成新的社会问题。

第三，对于检察官而言，做出起诉决定比作出不起诉决定需要更少的程序与更少的精力。顺德检察院受理的移送起诉案件常年居高不下，案多人少的矛盾一直较为突出，繁重的工作使得检察官寻求自我调节，同一件轻微案件的处理，作出起诉决定的工作负担更为方面，这也是顺检相对不起诉适用较少的重要原因。

在上述三个原因中，可以看出前两个原因与刑法的谦抑性并不直接违背，司法需要回应社会需求，推动社会治理，而第三个原因中，检察系统相当于将轻微刑事案件起诉到法院，从整体也带来一定程度上司法资源的浪费，从第一部分中的判决数据中可以看出，免于刑事处罚的人数几近相对不起诉人数的一半，亦有大量的被告被判处极为轻微的刑罚，我们可以合理推断这其中是有相当数量的被告人是可以适用相对不起诉的。然而在检察系统的工作压力无法得到改善的情况下，第三个原因所显示的情形很难得到改变。

如果以合理分配司法资源、实现刑事法律社会效益的最大化为视角，将刑事法律置于整个社会治理系统中，便不仅需要考虑刑法与其他法律在社会治理过程中的配合，也要考虑刑法机制与其他社会治理机制之间的配合，考虑国家力量与社区力量等其他社会力量之间的配合，考虑不同机制之间职能范围与成本承担的划分。因此应当从两个维度理解刑法的谦抑性，一种是刑法与其他法律相比的谦抑性，另一种是刑法与其他社会控制手段相比的谦抑性，而就作为司法权力的检察权力的行使而言，加深对后一维度中刑法谦抑性内涵的理解更具有重要性。在相对不起诉相关的案件中，犯罪嫌疑人的犯罪情节比较轻微，即使判处刑罚也会被判处极轻的刑罚，对于这部分的罪犯而言，刑罚的威慑作用与改造作用微乎其微，经历了全部的诉讼流程，而不会对犯罪嫌疑人本身和社会治理产生任何良好的作用，最终受损的只是极为有限的司法资源，针对此类案件，采取刑法上的谦抑并不是对轻微犯罪行为弃之不管，而是这些犯罪问题的解决需要社会多种控制手段的配合，如社区矫正、教育等手段。虽然目前的社会配套制度并不完善，但鉴于刑事法律在此类犯罪行为的社会治理方面已然无法发挥作用，以紧张的刑事司法资源来承担这部分犯罪控制的成本可能只是一种浪费。

1. \*吕敏妍，佛山市顺德区人民检察院北滘检察室检察官；沈晓凡，佛山市顺德区人民检察院第五检察部检察官；宋朗，清华大学博士生；何鹏辉，佛山市顺德区人民检察院第一检察部检察官。

   1石聚航：《刑法谦抑性是如何被搁浅的?——基于定罪实践的反思性观察》，载《法制与社会发展》2014,20(01):181-192。 [↑](#footnote-ref-0)
2. 2简爱：《一个标签理论的现实化进路:刑法谦抑性的司法适用》[J].载《法制与社会发展》2017,23(03):22-35。 [↑](#footnote-ref-1)
3. 3张明楷：《论刑法的谦抑性》，载《法商研究》(中南政法学院学报),1995(04):55-62. [↑](#footnote-ref-2)
4. 4张明楷：《“存疑时有利于被告”原则的适用界限》，载吉林大学社会科学学报,2002(01):54-63. [↑](#footnote-ref-3)