

## 刑事诉讼中的“报复性起诉”\*

谢小剑

**内容提要:**我国司法实践中不时出现检察机关为打击报复举报人、新闻记者、辩护律师等而提起公诉的现象。对于这类报复性起诉的行为,现有制度不能提出独立的程序抗辩。为了保护被告人权利,美国建立了报复性起诉辩护制度,被告人有权请求法院审前驳回检察机关基于报复的动机而提起的公诉。我国也应当建立此项制度,以防止公诉权滥用。

**关键词:**刑事诉讼 报复性起诉 公诉权滥用 程序性制裁

谢小剑,江西财经大学法学院讲师,法学博士。

报复性起诉是指在刑事公诉案件中,检察机关出于报复的动机,对被告人提起公诉。近年来,我国司法实践中不时出现检察机关为打击报复举报人、新闻记者、辩护律师等而提起公诉的现象。最近,不少公民又因为言论而受到刑事报复性追诉,比如彭水诗案、张志坚案。但对于这类违反正当程序、滥用公诉权的行为,依据现有诉讼制度,不能提出独立的程序抗辩,而只能以被告人的行为是否构成犯罪进行实体辩护。这种辩护不是针对检察机关恶意报复动机,无法发挥抑制“报复”起诉的功能。那么,我国对报复性起诉应当如何进行界定和规制呢?这是本文需要研究的问题。

### 一 司法实践中的报复性起诉

#### (一) 报复性起诉的几种表现

1. 对举报人的报复性起诉。我国宪法规定公民有举报的权利,但是对于这些行使宪法权利的公民,却出现了不少因报复而被起诉的现象。其中的许多案件,报复者并非检察机关,而是当地的党政要员,检察机关的公诉权成为报复的工具。<sup>[1]</sup>

2. 对舆论监督者的报复性起诉。当前,我国出现的一系列以诽谤罪为由打击报复公民的案件。一般作为自诉案件的诽谤罪,仅仅因为批评的对象是当权政要,在恶意报复动机的驱使下,滥用《刑法》关于“严重危害社会秩序和国家利益”<sup>[2]</sup>的规定而使其变成公诉案件。这两年,此类案件层出不穷。如引起全国人民公愤的“西丰拘传记者案”,以及重庆“彭水诗案”、山东“高唐网文案”、山西“稷山文案”、陕西“志丹短信案”、“殷新生诬告陷害案”等等。<sup>[3]</sup>

\* 该文系笔者主持的2008年度江西省高校人文社会科学研究项目“公诉裁量权滥用及其制约”(FX0808)的阶段性成果之一。

[1] 参见陈正云、苗春瑞:“‘保护伞’职务犯罪剖析”,《人民检察》2001年第9期。

[2] 我国《刑法》第246条规定,“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”。“前款罪,告诉的才处理,但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。”

[3] 本报调查:“全国最大迫害记者事件全情告白”,《中国青年报》1998年11月12日;王梅芳:《舆论监督与社会正义》,武汉大学出版社2005年版,第340页以下。

3. 对辩护律师的报复性起诉。由于控辩双方的职业存在天然对立关系,控方极有可能利用职权,动用刑事手段对辩护律师打击报复。1996年我国《刑事诉讼法》修改后,引入对抗式庭审模式,刑事诉讼中控辩双方的对抗化,导致控辩双方的摩擦更加激烈。特别是,1997年我国《刑法》第306条规定了律师伪证罪。但是,该罪名中何为“威胁、引诱”很难界定,由于罪名中法律用语的模糊性,诱发了对律师打击报复的现象。所以,“一旦律师辩护对其不利,特别是在律师会见后,证人、嫌疑人、被告人翻供的,他们便怀疑是律师指使的,立即中止原案的审理,不论证据真实与否,事实清楚没有,不顾人权,先关起来再说,定不了伪证罪,再定其他罪”。〔4〕还有学者指出,我国存在“《刑法》第306条被滥用导致律师被任意追究刑事责任的问题。从1996年到2003年全国一共有近300名辩护律师因为辩护导致被追究刑事责任,其中90%以上最后被无罪释放,真正被定罪的不到5%”。〔5〕典型案例如“王一冰律师伪证罪”等。〔6〕

4. 因民事纠纷引起的报复性起诉。我国的检察机关受制于地方,检察机关承担着“为地方经济保驾护航”的重任,如果地方纳税大户因某些原因受到经济损失,有关部门就可能动用公诉权进行打击报复。比如,2006年震惊全国的“乔红霞案”。〔7〕

## (二)对报复性起诉现象的评析

应当说在大多数案件中,我国检察机关能够依据事实和法律行使公诉权,正确履行其职责,在打击犯罪、保障被追诉人权利方面发挥了重要作用。但是,司法实践中频繁发生的报复性起诉现象严重影响到检察机关职能的正确履行,总体来看,这些报复性起诉主要表现为以下几个特点:

其一,报复性起诉的案件呈上升趋势。尽管目前笔者还无法用报复性起诉所占整个起诉案件数量的百分比来说明问题的严重性,但是,从调查和新闻报道来看,我国报复性起诉的案件数量是惊人的。而且,考虑到以下两个因素,有理由相信还有大量报复性起诉的案件并未报道。一是真正能够动用舆论力量对滥用公诉权的案件予以揭露的毕竟是少数,大量打击报复的案件未见天日,也许永远无法“讨个说法”。二是滥用公诉权的新闻报道都遵循较高的标准。从我国对报复性起诉报道的案件来看,都有一个重要特点,那就是被告人的行为实际上多数并不构成指控的犯罪,起诉是基于报复而刻意非法罗织的罪名。那么为了打击报复,对于那些可捕可不捕,可诉可不诉之间的涉案嫌疑人的命运就可想而知了。

其二,报复性起诉的随意性。目前,检察机关相对独立性保障不足,抗干预性不强,行使公诉权仍然受到不少外部干预。同时,对公诉权滥用的制约缺乏制度性的保障,比如没有对公诉权滥用的审前司法审查,一旦检察机关内部制约机制失效,即使证据明显不足的案件,检察机关也可以轻易将犯罪嫌疑人送上审判席。

其三,公诉权受到外部干预,呈现工具化倾向。虽然一般来说,检察机关尚能独立行使公诉权。但在个别案件中,检察机关、检察官已经成为个别地方党政要员报复的工具。

其四,报复性起诉的案件类型特殊,社会影响恶劣,对社会秩序破坏大。报复性起诉的案件类型主要表现为以下两类:一是涉及政治因素的案件。因为能够对检察机关的公诉权进行外部干预者,往往是具有政治实权的单位或个人,一旦案件危及到其个人的政治、经济利益,就会或明或暗地介入公诉权行使,希望得到有利于自己利益的处理结果。二是涉及宪政性权利的案件。主要包括对公民行使言论自由、新闻自由、举报权利、辩护权利等进行打击报复。报复性起诉案件类型的特殊性就决定了此类案件必将产生重大社会影响,一旦滥用必定严重破坏国家的法治建设和宪政秩序,摧毁民众的法治信仰。

有鉴于此,报复性起诉具有极大的危害性。一是报复性起诉从微观层面来说,是公诉裁量权滥用,

〔4〕 孙业群:“做一个刑辩律师究竟有多难——律师参与刑事诉讼活动有关问题的思考”,《中国律师》2003年第4期。

〔5〕 陈瑞华:“刑事诉讼制度改革的若干问题”,《国家检察官学院学报》2007年第6期。

〔6〕 参见曾民等:“律师出家”,《南方周末》2001年6月14日。更多的案例可参见王工:《中国律师涉案实录》,群众出版社2001年版;胡喜盈、端木正阳:“不敢替‘刑事犯罪嫌疑人’辩护的中国律师”,《中国律师》2002年第7期。

〔7〕 参见廖明、任新:“甘肃企业家被定无罪后仍遭羁押人大代表声讨”,《兰州晨报》2006年7月28日。

侵害了被告人的权利,给被告人带来极大的损害。有的无罪被告人受到长期羁押,有些被错判有罪。更何况其中的许多伤害,比如待审的心理、生活压力、社会歧视等,并不能通过无罪判决、国家赔偿予以恢复。二是报复性起诉还严重破坏了宪政秩序。一方面,报复性起诉意味着检察机关拥有未受到合理制约的权力,违背了法治的基本要求,诱发了权力的进一步滥用。另一方面,报复性起诉破坏了民主与法制建设。一些腐败官员对举报者、新闻监督、辩护律师的报复性起诉,严重破坏了国家的法治进程,损害了国家形象。美国哈佛大学法学院教授德肖薇茨指出:“一个国家是否有真正的自由,试金石之一是它对那些为有罪之人、为世人不齿之徒辩护的人的态度。在大部分专制国家里,独立自主的辩护律师队伍是不存在的。诚然,专制压迫肆虐无忌的明显标志之一就是政府开始迫害辩护律师。”<sup>[8]</sup>三是报复性起诉严重破坏了我国刑事诉讼中控辩双方的合理关系,导致部分检察官和辩护律师,甚至是检察官与律师群体之间的互相敌视。而这两个群体无疑都是法治的重要力量,如果他们都丧失了对法治的信仰,法治只能是空中楼阁。因此,在积极推进民主化改革和法治建设中,如何规制报复性起诉对于实现法治具有重要的紧迫性和必要性。

## 二 美国的报复性起诉辩护制度

报复性起诉的辩护是 20 世纪 60 年代以来,在一些国家司法实践中发展起来的,是对公诉决定进行质疑的一种有力的程序性辩护。在英国,“如果公诉机关恶意作出起诉决定,法庭会认为其滥用程序,将案件驳回。假如故意提供虚假信息,起诉必定是恶意的,那么起诉必须以对被告有利的方式解决(或者对其做无罪判决或者撤诉)”<sup>[9]</sup>在日本,“依据多数学者观点,基于报复的恶意起诉也构成公诉权滥用,导致法院做出免诉判决”<sup>[10]</sup>

报复性起诉辩护制度在美国发展最为成熟。联邦最高法院斯蒂文森(Stevens)大法官认为,有时检察官确实会产生报复心理。例如,由于案件压力较大,检察官会要求被告放弃上诉或陪审团审理,因为被告人的这些要求必然会加大检察人员的劳动量,并且可能会推翻原审和开释,所以检察官在劝诱不成的情况下,会在再诉再审时加重起诉罪名,以杀鸡骇猴。<sup>[11]</sup>针对这些现象,美国人采取正当程序理论来论证为报复性起诉辩护的正当性,认为“起诉如果用来阻止被告人行使法定的权利就违反了正当程序”<sup>[12]</sup>几十年来,对于被告人履行宪法或法定权利的行为,美国法院早已判决确认,宪法禁止检察官通过增加指控或者提高指控的严重性来惩罚被告人。早在 1968 年迪克逊诉哥伦比亚案中,美国最高法院认为,对于提出还是放弃指控,检察官当然具有广泛的裁量权,但是应当有所限制。例如,假如政府已经合法决定不起诉当事人,然后仅仅因为当事人进行了投诉就改变立场,这显然违反了宪法第一修正案。政府不可以为了阻止人们行使权利抗议官员的不正当行为和提出赔偿请求而决定起诉。<sup>[13]</sup>

1974 年布莱克诉佩蒂(Blackledge v. Perry)<sup>[14]</sup>是美国最高法院第一个确立报复性起诉辩护制度的案例。在该案中,被告人被认定轻伤害罪后,申请对案件进行重新审理。于是,检察官基于相同行为以重伤害罪对被告人重新起诉。最高法院认为,每个人都“有权行使他的法定权利,申请案件重新审理,毫无疑问,这是通过对原来案件的升格控诉进行报复”。在该案中,尽管缺乏“检察官恶意行为的证据”,但美国最高法院通过提高控诉行为来推定检察官具有报复意图,并认为,报复性起诉违反了宪法

[8] [美] 艾伦·德肖薇茨:《最好的辩护》,唐交东译,法律出版社 1994 年版,第 483 页。

[9] [英] 安德鲁·桑达斯、瑞恰德·扬:“起诉”,载江礼华、杨诚主编《外国刑事诉讼制度探微》,法律出版社 2000 年版,第 139 页。

[10] 参见陈运财:“日本检察官之起诉裁量及其制衡”,载朱朝亮等《刑事诉讼之运作》,五南图书出版公司 1997 年版,第 340 页。

[11] 参见李学军主编:《美国刑事诉讼规则》,中国检察出版社 2003 年版,第 313 页。

[12] Murray R. Garnick, “Two Models of Prosecutorial Vindictiveness”, 17 Ga. L. Rev. 467, 1983.

[13] Yale Kamisar, Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel, and Nancy King, *Modern Criminal Procedure*, West Group(9d), 1999, p. 910.

[14] Blackledge v. Perry, 417 U. S. 21 (1974).

第十四修正案规定的正当程序条款,撤销了起诉。

在报复性起诉辩护中,最难以证明的莫过于检察机关的报复动机。由于报复性动机属于主观范畴,如果要求被告单独完成此一证明任务,则可能会严重抑制报复性起诉辩护的功能。因此,美国在报复性起诉辩护中实行推定规则。美国最高法院强调正当程序需要被告人不害怕行使他的权利。这来源于此前关于司法报复的一个裁决。1969年在北卡罗来纳诉皮尔斯(North Carolina v. Pearce)案中,法院要求,若需加重起诉或加重刑罚,检察官和审判法院应有足够的证据证明,他们的决定是基于被告人有加重情节的犯罪行为,且这种行为的发现是在最初起诉审理后。检察官需以书面的形式陈述其理由并记录在册,以备复查。否则,上诉复查法院将推定认为,加重起诉和加重刑罚具有报复性,除非检察机关能提出反证。<sup>[15]</sup>

但是,在古德温(United States v. Goodwin)一案中,美国最高法院认为,审前阶段不具有诱发报复性起诉的环境,因此拒绝此推定原则。该案中,古德温与检察官进行轻罪的辩护交易后,随后又不承认交易,要求陪审团审理,古德温因此被以重罪起诉。被告人以报复起诉为由提出反驳,认为起诉书中所指控的重罪明显是对他的报复行为。该案上诉法院推定检察官指控具有报复性,支持了被告人的主张。认为“当被告人依据权利申请陪审团审理时,检察机关不得对被告人提起更为严重的指控,否则有违宪法第五修正案的正当程序条款,除非检察官有客观证据证明增加的指控,不能在被告人行使权利前提出。即使后续提出的重罪指控确有真正产生报复的嫌疑,然而要证明这一主观动机,对法院来说无疑是一项额外且不当的任务,故法院在此情况下可推定认为控方有主观报复之故意。”<sup>[16]</sup> 该案随即上诉到最高法院。

针对被告人审前履行权利之后接着就被加重起诉的起诉行为,最高法院拒绝推定为“报复”。法院认为审前阶段的诉讼环境导致对起诉进行报复性推定是不正当的。因为在审前阶段,国家对被告人犯罪行为的合理的惩罚程度并没有“明朗”,相应的,检察官有权在指控的罪数和严重性方面具有更大的灵活性。而且,因为被告人一般都会提出大量的审前动议,推定检察官的可能反应是为了追求惩罚或威慑被告人,是不切实际的。据此,法院认为在审前阶段检察官报复的可能性不大,检察官报复性起诉的推定规则不具有正当性,所以不能适用。但是,法院并没有否定报复性指控辩护本身的合理性,因为“并不排除这种可能性,在某些适当的案例中,被告人或许能客观地证明检察官的起诉决定是由一种欲望所驱使,即惩罚他做了法律所允许他做的某种事情”<sup>[17]</sup>

然而,古德温案很大程度上限制了报复性起诉的推定:在审前的条件下,预防性的推定规则不可能适用,结果导致报复性起诉难以证明。近年来,美国的一些地方法院已经开始回复到古德温案以前的推定规则。一些美国学者也提出异议,认为美国当前的审前环境已经发生变化,应当重新确立报复性起诉的推定规则。<sup>[18]</sup>

### 三 我国报复性起诉辩护制度之确立

为了抑制报复性起诉的发生,首先,从政治权力的角度,应当真正落实民主集中制,使“一把手”的权力受到制约。同时,实现国家权力的民主化,使国家权力受到选民的制约。其次,应当保障检察机关独立行使检察权,不受外部干预。同时,在诉讼制度内,通过强化被告人权利,保障律师参与诉讼,实现控辩平衡,以加强辩方对检察机关行使公诉权的制约。最后,借鉴别国司法经验,建立报复性起诉辩护制度,通过对公诉权的司法审查来抑制报复性起诉的发生。

[15] 参见李学军主编:《美国刑事诉讼规则》,中国检察出版社2003年版,第313页。

[16] United States v. Goodwin, 102 S. Ct. 2485(1982).

[17] United States v. Goodwin, 102 S. Ct. 2485(1982).

[18] “Breathing New Life into Prosecutorial Vindictiveness Doctrine”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 7 (May, 2001), p. 2075.

报复性起诉辩护不同于我国传统上事实是否清楚、证据是否确实充分的实体辩护,而是以程序正义为价值取向,通过质疑公诉机关的起诉动机,引入法院对滥用公诉权的行为进行司法审查,并对报复性起诉进行程序性制裁来保障被告人权利,维护法治秩序。报复性起诉辩护制度主要包含以下内容。

### (一) 报复性起诉辩护不以是否符合刑事实体法为前提

从宏观层面上说,报复性起诉违反了正当程序的基本要求。在现代刑事司法的价值体系中,刑事司法的价值除了追求实体正义,实现国家刑罚权以外,程序正义是与实体正义并存的重要价值取向。美国报复性起诉辩护的理论基础就是正当程序理论。正当程序要求权力的行使具有正当合理的动机。公诉人作为公共利益的维护者,提起公诉必须具有正当的依据,公诉人不能利用权力报复公民,否则即使案件符合实体条件,也违反了正当程序,将构成公诉权滥用。

如果基于报复等恶意行使权力的行为能得到法律的支持,则“恶意”将导致权力的行使逐渐失控,最终成为侵害公民权利的工具。柏克曾经警告说:“罪恶的手段一旦得到宽容很快就为人们所乐于采用。比起通过伦理道德的这条大路来,它们提供了一条更短的捷径。由于论证了叛变和谋杀对公共利益是正当的,于是公共利益很快地就变成了借口,而叛变和谋杀则变成了目的;终于巧取豪夺、心怀恶意、报复以及比报复更可怕的恐怖,才能满足他们那些永不满足的嗜欲。”<sup>[19]</sup>因此,纵容报复性起诉带来的恶果必然是权力的不断扩张与滥用。

而公开、透明的程序机制,将大大遏制这种对权力的滥用。所以,必须确立对报复性起诉的程序性辩护制度,“报复”与否是解决问题的关键。不论被告人是否构成犯罪,只要对被告人的侦查和起诉是基于报复的动机,起诉就不具有合法性,就是滥用公诉权。也就是说,即使被告人的行为构成犯罪,如果起诉是基于报复,起诉就不具有正当性,公诉将被撤销。

### (二) 被告人具有免受不当起诉的权利

被告人有“权利”以报复性起诉为由提出辩护,法院应当对此进行司法审查。谷口安平认为:“一项刑事程序能否满足程序正义的要求,要看与程序的结果有利害关系或可能因结果蒙受不利影响的人都有权参加该程序,并得以提出有利于自己的主张和依据以及反驳对方提出的主张和证据之机会,这是‘正当程序’原则最基本的内容要求,也是满足程序正义的最重要条件。”<sup>[20]</sup>我国法律应当赋予被告人抗辩不当起诉的权利,被告人不再仅仅是起诉后果的承担者,而且是程序的参与者。如果被告人认为检察机关基于报复而起诉,则有权以报复性起诉为由提出辩护。

被告人提出报复性起诉的辩护后,应当由中立的法官对辩护的正当合理性进行审查。《世界人权宣言》第8条规定,任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时,有权由合格的国家法庭对这种侵害行为做有效的救济。对报复性起诉而言,一旦检察机关基于报复的动机提起公诉,则已经失去了客观中立的立场。这时候需要作为“权利庇护者”的法院介入审查。法院审查有两种模式,一是像美国,是由法官在预审阶段对是否构成报复性起诉进行审查;二是像日本,没有预审程序,由法官在庭审中对此进行审查。我国并无预审程序,检察官提起公诉后,法院只作形式审查,案件直接进入审判。所以,法官在审前无法对是否滥用公诉权进行审查,自然也无法审查判断起诉是否违反正当程序,是否属于报复性起诉。但是,即使未确立预审程序,也不妨碍采取日本模式,赋予法官在庭审过程中对是否报复性起诉行使司法审查权。

### (三) 报复性起诉辩护制度中应实行推定规则

美国最高法院在古德温案中,拒绝适用报复动机的推定规则,原因在于其认为美国在审前报复的可能性极小。如果说美国存在抑制报复性起诉的内在机制,而我国相反却存在着一些诱发因素。在政治权力方面,民主集中制在个别地方落实不足,领导权力过于集中,检察机关在权力结构中的地位尚不足

[19] [英]柏克:《法国革命论》,何兆武译,商务印书馆1998年版,第109页。

[20] [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第4页。

以保障其依法独立行使检察权。另一方面,政治权力与司法权力结合紧密,检察机关依法行政的能力不足,受外部权力干预较大。这导致一些法制观念淡薄的官员利用公诉权打击报复他人,排除异己。同时,对检察机关的公诉权制约不足,特别是缺乏司法审查,导致检察机关也可能动用公诉权进行打击报复。而在公诉制度运行过程中,检察机关的公诉权缺乏被告人、辩护人的制约,刑事诉讼中的辩护率不足,大量的被告人在审前缺乏律师帮助,总的来说控辩并不平衡。这些都是诱发报复性起诉发生的因素。

在这种公诉环境下建立公诉人报复动机的推定规则是十分有必要的。如果在被告人行使合法权利、特别是宪法权利之后,就伴随着被侦查、起诉的后果,可推定检察机关具有报复性的动机。另外,如果在通常情况下都不会采取刑事追诉手段,由于被告人行使权利、特别是行使宪法权利对被告人起诉的,可推定为具有报复的动机。比如网上发布假消息,其他情况下都不追究,但是因为涉及某位领导就进行追诉的情况。

当然,对于报复性起诉动机的推定,检察官有责任提出足够的证据证明其起诉被告人并不是基于报复,而是依据正当的法律程序和合法的证据立案、侦查、起诉。如果检察机关有足够合理的根据,证明其侦查、起诉不是基于报复,而是调查追究犯罪事实所必需,则这种推定是可以推翻的。

#### (四)对报复性起诉应当进行程序性制裁

报复性起诉违反了程序正义,应当对其进行程序性制裁。事实上,对其进行实体性制裁不足以保护被告人权利,实现报复性起诉辩护制度的功能。<sup>[21]</sup> 因为报复性起诉辩护制度的价值基础不在于实体正义和客观真相,而在于独立于实体之外的民主价值、宪政价值和程序正义价值。报复性起诉的认定本来就不是基于违反实体法的判断,而是违反正当程序的判断。所以,法官在审查之后,一旦认为构成报复性起诉,就应当在审前撤销起诉,案件不再进入庭审程序。并且,对因报复性起诉被撤销起诉的案件,还应当受到一事不再理的限制,不能重复提起公诉。

---

[Abstract] In Chinese judicial practice, the prosecution organs often initiate retaliatory public prosecution against informers, journalists, and defense lawyers. The current Chinese criminal procedure system does not provide an independent procedural defense against such prosecution. The U. S. has established a system whereby the defendant has the right to request the court to carry out pretrial review of prosecution so as to prevent the misuse of the public prosecution right. A similar system should be established in China.

---

(责任编辑:王雪梅)

[21] 有关刑事诉讼中程序性制裁的必要性,详见陈瑞华:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2005年版,第66页以下。