

## 自诉转公诉的基础规范和判断标准

——以国家追诉利益为切入点

牟绿叶

**内容提要:**自诉制度主要旨在防范国家滥权不追诉,是对国家追诉的限制,而非排斥。在自诉程序中,检察机关认为案件情势符合一定标准的,可以接管自诉、转为公诉程序。2020年“杭州诽谤案”程序转换所依据的“严重危害社会秩序和国家利益”条款存在标准界定不清、缺乏价值制约等问题。我国应在刑事追诉阶段确立国家追诉利益的标准,彰显其限制国家追诉、保障基本权利的价值取向,并为阻却告诉乃论、自诉转公诉、不起诉等制度提供融贯性、体系性的规范依据。国家追诉利益的考量因素包括内部因素和外部因素,前者侧重关注罪责和犯罪预防的必要性,后者将刑事法嵌入广阔的社会治理中,适度追求国家主权、民族宗教、公共秩序、国家形象等其他公共目标。国家追诉利益标准的适用是一个“不对称状态下的再权衡”过程,检察机关应当围绕考量因素和个案情形,综合评估并充分论证自诉转公诉的必要性。

**关键词:**自诉 公诉 国家追诉利益 自诉转公诉

牟绿叶,浙江大学光华法学院副教授。

### 一 问题的提出

2020年“杭州诽谤案”<sup>[1]</sup>让社会公众的目光聚焦于网络时代的公共秩序维护和自诉转公诉的刑事程序问题。被害人以两名嫌疑人网传造谣、诋毁名誉一事以诽谤罪向杭州市余杭区人民法院提起刑事自诉,因被害人取证困难,法院依法要求公安机关协助调查。检察机关介入后认为案件情势发生变化,诽谤行为不仅损害被害人人格权,而且严重扰乱网络社会公共秩序,应以公诉程序予以追究。经起诉和审判,法院于2021年4月判决两人构

[1] 参见最高人民检察院检例第137号郎某、何某诽谤案。

成诽谤罪。根据《刑法》第 246 条规定,诽谤行为一般属于告诉才处理的范畴,2021 年《最高人民法院关于适用刑事诉讼法的解释》(下称“《最高法解释》”)第 325 条规定,通过信息网络实施的侮辱诽谤行为,被害人向法院告诉但提供证据确有困难的,法院可以要求公安机关提供协助。最初,“杭州诽谤案”的被害人向法院提起自诉,但自诉案件不应由公安机关立案管辖,其协助收集证据是否逾越了自诉和公诉的界限?回答这一问题的关键在于厘清两组关系:一是告诉才处理和自诉的关系;二是自诉和公诉的关系。

针对第一组关系,我国历来将告诉才处理的案件一律纳入自诉范围,造成了告诉才处理和自诉案件对应、非告诉才处理和公诉案件对应的误读。时延安教授对此指出,我国刑事诉讼法乃至司法实践对刑法中“告诉才处理”的“告诉”进行了限缩解释,被害人因此只能向法院提起自诉。<sup>[2]</sup>熊秋红教授从理论上解构了将告诉才处理与自诉程序捆绑在一起的立法例,<sup>[3]</sup>吴宏耀教授提出对于告诉才处理的案件,应确立自诉和公诉并行的二元追诉格局。<sup>[4]</sup>要言之,某一案件是否是“告诉才处理”与选择自诉还是公诉程序没有必然联系。厘清这一组关系后,本文着重分析第二组关系。

通说认为,自诉是公诉的例外,“例外关系”意味着非此即彼、相互排斥,这在告诉才处理的案件中最为明显,代表性的观点认为此类案件中的自诉权具有排他性,<sup>[5]</sup>即排斥公安和检察机关的追诉活动。而且,实务中最终只会通过自诉或公诉一种程序展开追诉。在通说和现象的双重加持下,公诉和自诉之间原则和例外的关系广为认可。相应地,处理“杭州诽谤案”的检察机关认为,自诉人撤诉后才可以启动公诉程序,因为“公诉和自诉是否能够并存有着不小的争议。”<sup>[6]</sup>本文将反思通说,论证自诉制度是国家追诉的限制而非例外。辨明自诉和公诉的关系才能填补“杭州诽谤案”反映出的立法空白,即自诉转公诉的判断标准。检察机关认为本案视频材料在网络迅速传播,严重扰乱网络社会公共秩序并危害社会秩序,故按公诉程序予以追诉。质言之,自诉转公诉的关键在于是否“严重危害社会秩序”。2013 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称“《网络诽谤案件的解释》”)第 3 条规定了构成“严重危害社会秩序和国家利益”的情形。办理“杭州诽谤案”的司法机关和多数学者都认为,本案属于第 3 条(七)之“其他情形”。但这是典型的概括条款,若将之作为自诉转公诉的法律依据,应予以严格解释和规制,谨防国家不当追诉对被追诉人权利造成不可逆的伤害。国家追诉利益是公共利益在刑事追诉阶段的具体体现,它可以为阻却告诉乃论、自诉转公诉、不起诉等制度提供体系性标准,追诉利益的考量因素亦能激活并指引自诉转公诉的个案适用。更重要的是,对国家追诉利益的分析将带动刑事法对公共利益的关注和讨论,促进刑事法与宪法、其他部门法、其他学科(经济学、政治学等)之间的

[2] 参见时延安:《“自诉转公诉”的法理分析》,《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期,第 57 页。

[3] 参见熊秋红:《论公诉与自诉的关系》,《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期,第 36 页。

[4] 参见吴宏耀:《告诉才处理犯罪的追诉制度:历史回顾与理论反思》,《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期,第 47-48 页。

[5] 参见宋英辉主编:《刑事诉讼法学研究述评(1978—2008)》,北京师范大学出版社 2009 年版,第 374 页。

[6] 最高人民检察院第一检察厅等编:《自诉转公诉的“庭前幕后”:浙江余杭网络诽谤案》,中国检察出版社 2021 年版,第 45 页。

沟通对话。所以,本文将进一步厘清“严重危害社会秩序和国家利益”的内涵,进而论证在刑事法中确立国家追诉利益的正当性依据。

## 二 自诉制度和公诉制度的关系

### (一) 自诉制度的规范目的

我国自诉程序门槛较高,满足自诉条件后,可以省去侦查起诉环节,在一定程度上节省了司法资源。因此,有学者认为,自诉只是为了减轻追诉机关的负担。<sup>[7]</sup>相应地,为实现司法资源的优化配置,国家允许在轻微案件中提起自诉,产生了“自诉是公诉的例外”之误读。

诚然,自诉制度具有一定的分流案件、节省资源的功能,但这些并不是自诉的唯一目的,更不是其主要目的。其一,从历史发展来看,自诉先于公诉存在,早期罗马法实施的是全民告诉原则,每个公民均得提起刑事告诉,尔后国家意识高涨,出现了公法上的刑事制裁和国家追诉原则。<sup>[8]</sup>分流案件、节省资源是国家垄断追诉权后的结果,并非自诉制度之主要目的。其二,自诉本身就可能带来更多案件。我国给自诉案件设定严格条件的一个重要原因在于,门槛过低可能引发滥行自诉。域外经验显示,被害人有充分的动机来通过自诉寻求赔偿,允许自诉反而可能鼓励诉讼。<sup>[9]</sup>其三,自诉不一定节省司法资源。法院在自诉案件中承担了检察机关的审查工作,必要时需补充收集和调查证据,有时还要请公安机关提供协助。尽管省去了侦查起诉环节,但整体上对司法资源的节约并不明显。域外立法例甚至允许自诉人向国家申请诉讼补偿,政府最后支付的费用甚至超出同类的公诉案件。例如,英国法院对2019年一起被害人就两个商业合伙人提起自诉案件的补偿多达100万英镑。<sup>[10]</sup>美国私人追诉犯罪的成本也可能高于政府聘任检察官展开的公诉。<sup>[11]</sup>本质上,自诉制度主要是为了防范国家滥权不追诉。英美法国家检察机关享有较大的起诉裁量权,大陆法国家则普遍引入了起诉便宜原则,我国也确立了多种不起诉制度。若将自诉仅仅定位于分流案件、节省资源,则会强化自诉辅助国家追诉的观念,这不仅会在立法论上扩张自诉案件的范围,更会致使国家机关扩张或滥用起诉裁量权,进而懈怠追诉犯罪的职责,要言之,自诉制度应着眼于保障权利,而非辅助追诉犯罪。我国的“公诉转自诉”最能体现自诉之防范滥权不追诉的原理,2012年之前,被害人必须获得追诉机关不予追究刑事责任的书面决定后才能提起自诉,现行法律只要求被害人有证据证明曾经提出控告即可。

### (二) 自诉是公诉的限制

为厘清自诉和公诉的关系,我们必须在概念上区分自诉案件和自诉程序,不宜笼统称为“自诉”。案件范围和自诉程序是自诉制度的两项核心内容,在狭义层面上,经“选择确定”为一种追诉程序后,自诉程序才构成公诉程序的例外。

[7] 参见张明楷:《网络诽谤的争议问题探究》,《中国法学》2015年第3期,第78页。

[8] 参见[德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》(第24版),吴丽琪译,法律出版社2003年版,第93-94页。

[9] See Margaret H. Lemos, Privatizing Public Litigation, 104 *Georgetown Law Journal* 515, 562 (2016).

[10] See Robert Hanratty, Defending Private Prosecutions, 5 *Archbold Review* 4, 5 (2020).

[11] Margaret H. Lemos, Privatizing Public Litigation, 104 *Georgetown Law Journal* 515, 538 (2016).

第一,从案件范围来看,自诉和公诉的案件范围存在交叉。德国学者认为自诉和公诉是原则和例外关系之原因在于,德国自诉案件仅限于列举之特定轻罪,范围相当有限,<sup>[12]</sup>但我国的被害人有权证明的轻微案件和“公诉转自诉”案件,既可能适用自诉程序,也可能适用公诉程序,视具体情形而定,不宜一律称其为自诉或公诉案件。

第二,从追诉形态和程序适用来看,案件最终只会以自诉程序或公诉程序予以追诉,这是“例外关系”的表象。然而,诉讼程序是动态的认知过程,我们习以为常的表象是“选择确定”追诉程序之后的结果,“选择确定”之前,自诉程序和公诉程序可以并行存在,互不排斥。其原因包括所涉嫌之罪名是可自诉、可公诉之罪,行为人同时涉嫌公诉和自诉之罪,多个法院对同一案件存在管辖权竞合等。“杭州诽谤案”最初属于自诉范畴,随着案情发展、后果升级,其性质才转为公诉案件,原因即在于诽谤案是可自诉、可公诉之罪,追诉程序要视案情和后果而定。此外,《最高法解释》第 2 条对“犯罪地”作了广义界定,实施网络诽谤行为的服务器所在地、被告人使用过的信息网络所在地等多个地点的法院可能同时享有属地管辖权,各地追诉机关可能对是否“严重危害社会秩序”有不同判断,导致“选择确定”之前,自诉和公诉程序可能在不同阶段、不同辖区同时存在或交叉并行。《最高法解释》第 320 条确立了“公诉优先原则”,对于检察机关没有提起公诉,被害人有证据证明的轻微刑事案件,公安机关正在立案侦查或检察机关正在审查起诉的,法院应说服自诉人撤回起诉。该原则本身即表明,正是由于自诉、公诉程序在实务中可能同时进行,法院一旦发现国家机关已经开始追诉的,必须经“选择确定”合并为公诉程序。要言之,从案件侦办和程序推进的动态过程来看,自诉程序并不排斥公诉程序,“例外关系”无法解释“选择确定”之前两者并行追诉的现象。

第三,“例外关系”的最大问题是对观念和执法产生误导,让实务人员认为自诉排斥公诉,甚至以“可自诉”为由懈怠追诉犯罪的职责。对于被害人有证据证明的轻微刑事案件,《公安机关办理刑事案件程序规定》第 176 条第 2 款要求公安机关告知当事人向法院起诉,被害人要求处理的,公安机关应当依法受理。在“例外关系”的影响下,这类案件实际上变成了“告诉乃论”,弱化了国家对犯罪的追究,对于“公诉转自诉”案件,上述观念可能导致严重犯罪案件成为自诉案件,公安或检察机关以“可自诉”为由拒绝展开追诉,这不仅背离了国家追诉原则,而且被害人难以有效胜任追诉职责,存在放纵严重犯罪的风险。<sup>[13]</sup>可见,“例外关系”可能加重被害人和法院的负担。

综上,我们必须谨慎对待通说。在最狭义的层面,经“选择确定”后,国家只能通过自诉或公诉一种程序来追诉犯罪,“选择确定”之前,从制度原理、法益保护、实务需求和教义学等角度观之,自诉制度是国家追诉原则的限制,自诉案件和公诉案件的范围有交叉,自诉程序和公诉程序之间是非排他、非补充的关系。

第一,公诉优先。公诉优先不是因为“公诉是原则,自诉是例外”,而是为了避免被害人以不合法的自诉来干扰公诉、恫吓嫌疑人。<sup>[14]</sup>目前,《最高法解释》第 320 条确立的公

[12] 参见林钰雄著:《刑事诉讼法(下册)》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2020 年版,第 228 页,脚注 6。

[13] 参见熊秋红:《论公诉与自诉的关系》,《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期,第 32-33、37 页。

[14] 参见林钰雄著:《刑事诉讼法(下册)》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2020 年版,第 234-235 页,脚注 21。

诉优先原则仅针对第二类自诉案件,且仅明确提起公诉之后不得自诉。然而,对于其他可自诉、可公诉之罪,公诉和自诉程序先后启动或者同时进行,公检法发现一并存在两种追诉程序时,应如何处理?就此,第320条需补充两点:一方面,针对同一案件,自诉程序在先、公诉程序在后,或两者交叉进行时,鉴于自诉制度旨在防止滥权不追诉,既已启动公诉,自诉之目的已然实现,因此皆应遵循公诉优先原则,案件系属合并为公诉。另一方面,告诉乃论之罪构成“公诉优先原则”的例外。告诉乃论之目的是以被害人利益限制国家追诉,国家机关发现涉嫌告诉乃论之罪时,应及时询问被害人意愿,告诉要件缺失则不能继续侦诉。此外,告诉是诉讼要件,而非侦查要件,即使被害人告诉,追诉机关亦可关注案情发展并展开逐步调查,若情势变化致使所涉罪名不再是告诉乃论的范畴,可以启动公诉程序。

第二,从法益保护来看,自诉制度和公诉制度所保护的法益不是相互排斥的。法益是指由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的个人利益,以及建立在保护个人的利益基础之上因而可以还原为个人利益的国家利益与社会利益。<sup>[15]</sup>刑法分则按照国家法益、社会法益和个人法益为顺序建构罪刑各论的体系。国家法益和社会法益可以合称公共法益,<sup>[16]</sup>以此区别于个人法益。自诉制度侧重保护的是个人法益,但个案之中仍有需要保护的公共法益,若国家机关怠于追诉犯罪,个人法益和公共法益皆可能受损害。“因为具有某些特殊性质的私益就等于公益,国家在刑事案件中保障私人的生命、财产及健康,就是公益的需求。”<sup>[17]</sup>由此可见,“例外关系”无法反映出自诉、公诉所保护法益的交织状态。

第三,自诉和公诉之间非排他、非补充的关系符合追诉犯罪的现实需求。自诉人的举证能力不如公权力机关,自诉人亦不具备防止嫌疑人逃匿、保障诉讼顺利进行的能力,故其查明真相、追诉犯罪之负担较重。在“杭州诽谤案”中,检察机关在自诉程序进行中发现案件情势变化、后果升级,遂建议公安机关介入侦查并转为公诉程序。若自诉排斥公诉,即使检察机关发现值得进一步侦查的线索,嫌疑人也有可能在自诉程序启动后闻风逃逸,不利于及时控制嫌疑人、追诉犯罪。本质上,刑事追诉是一种动态过程,自诉人和追诉机关都无法精确预知案件的未来走向。在不确定的时空内,自诉和公诉并行存在、互不排斥,待案情臻于明了,即可“选择确定”为自诉或公诉一种追诉程序。

第四,自诉和公诉之间非排他、非补充的关系可以为理论和制度提供合理的教义学解释,在一人犯数罪和二审改变罪名的情形中最明显。一人实施两个以上的行为,分别涉嫌公诉和自诉之罪,若自诉排斥公诉,公安机关应根据所涉罪名分割案件,自行侦查公诉之罪,另由被害人向法院自诉其他罪名。然而,分案处理会割裂同一案件中犯罪行为、案卷材料和证据信息之间的联系,徒增追诉和审判负担。因此,公安机关在侦查过程中,发现嫌疑人还有属于法院直接受理的罪行时,可以立案侦查、一并移送审查起诉。《最高法解释》第324条亦规定,法院在此类情形中可以一并审理。一并追诉和合并审理足以实现自诉制度的规范目的,无需机械地分割同一案件。我国法院在二审变更罪名的案件中,会涉及告诉乃论、自诉和公诉之间的转变。例如,在一审事实认定清楚的前提下,二审法院会

[15] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第78页。

[16] 参见林山田著:《刑法通论(上册)》,北京大学出版社2012年版,第169页。

[17] 陈新民著:《德国公法学基础理论(增订新版·上卷)》,法律出版社2010年版,第253页。

将强制猥亵罪或强制侮辱罪变更为侮辱罪。<sup>[18]</sup> 侮辱行为没有严重危害社会秩序和国家利益的,在刑法层面属于告诉乃论之罪,在程序法层面属于自诉案件。即使强制猥亵或强制侮辱不是告诉乃论之罪,且适用公诉程序,二审法院也不必遵循“例外关系”将案件退回检察机关,只需视被害人告诉与否作出相应处理。究其原因,公安和检察机关在侦查起诉时,只能根据现有证据材料作出预期判断,但案件是否属于告诉乃论之罪,应以法院审理之结果为准。<sup>[19]</sup> 自诉和公诉之间非排他、非补充性的关系能够为二审法院径行变更案件的法律评价提供理论支持。

### 三 自诉转公诉的判断标准:国家追诉利益

#### (一)“严重危害社会秩序和国家利益”的解释和适用困境

厘清自诉和公诉的关系可以为自诉转公诉奠定规范基础,在“杭州诽谤案”中,检察机关认为诽谤行为严重危害社会秩序并据此启动程序转换,但该标准的解释和适用存在以下问题。

第一,标准界定模糊,容易混用犯罪构成要件的情形和阻却告诉乃论的情形。《刑法》第 246 条第 1 款规定诽谤行为“情节严重”的才构成犯罪,第 2 款规定“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”。与第 246 条的结构相对应,《网络诽谤案件的解释》第 2 条和第 3 条分别列举了“情节严重”和“严重危害社会秩序和国家利益”的具体情形。从法条功能来看,第 2 条是诽谤罪的犯罪构成要件,第 3 条是阻却告诉乃论的事由,两者功能不同;从法条内容来看,“情节严重”和“严重危害社会秩序”都是抽象的概括条款,司法解释又在第 2 条之(四)和第 3 条之(七)分设“其他情形”,构成双重概括条款,加剧了法条解释和适用的不确定性。实务中有的法院认定被告人诽谤多名被害人,严重损害了多人人格,并且严重诋毁了政府形象,造成恶劣社会影响,严重危害了社会秩序,情节严重,构成诽谤罪。<sup>[20]</sup> “情节严重”符合诽谤罪的构成要件,但该案一开始即由公安机关侦查,并未涉及自诉转公诉问题,法院仍将第 3 条之(七)的“严重危害社会秩序”作为一项定罪依据,实际上是将阻却告诉乃论的事由误读为犯罪构成要件。

第二,在上述标准的解释和适用中,司法机关和学者的主观性较大,缺乏必要的价值制约。有观点认为,是否属于“严重危害社会秩序”是一种事实判断,需要结合全案事实、性质、情节和危害程度来评判。<sup>[21]</sup> 另有学者结合该案进一步展开了情形列举,增加了“侮辱或者诽谤不特定的公民,造成社会公众在名誉安全等方面感到恐慌的”和“侮辱或者诽谤行为在网络上传播量较大,严重扰乱了网络社会公共秩序的”情形。<sup>[22]</sup> 这种结合个案

[18] 参见许某兰、张某霞侮辱案,河南省驻马店市中级人民法院(2019)豫 17 刑终 76 号刑事判决书;赵某、邹某花侮辱案,河南省驻马店市中级人民法院(2019)豫 17 刑终 196 号刑事判决书。

[19] 参见林钰雄著:《刑事诉讼法(下册)》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2020 年版,第 110 页。

[20] 参见李某某诽谤、渎职、玩忽职守案,黑龙江省绥化市中级人民法院(2015)绥中法刑一终 58 号刑事裁定书。

[21] 参见最高人民法院第一检察厅等编:《自诉转公诉的“庭前幕后”——浙江余杭网络诽谤案》,中国检察出版社 2021 年版,第 103 页。

[22] 参见邓思清:《论自诉转公诉的规范构造》,《西南政法大学学报》2021 年第 4 期,第 22 页。

对概括条款进行具体化的方法值得认可,然而,在枚举具体情形之外,需要将规范性要素和抽象条款背后的价值观念联系起来。<sup>[23]</sup> 质言之,“杭州诽谤案”反映出的关键问题不是个案的事实判断,也不是继续枚举几种具体情形,而是如何依据价值来解释法律,这是目前自诉转公诉的研究所匮乏的。尤其是抽象条款的具体化,亟需的是借助价值和方法对已有法律条文进行解释,司法裁判才能逐渐充实原本不确定的内容,创造出由诸多裁判典范所构成的脉络,大部分新发生待判断的事例,均可归属到这个脉络之中。<sup>[24]</sup> 否则,无论新增几种情形,都无法制约概括条款的解释空间和国家追诉权。

第三,我国刑事法对于社会秩序、国家利益等概念的界定不协调,致使“严重危害社会秩序和国家利益”自身的核心概念不明确。社会秩序和公共秩序、社会治安等都属于社会利益的一种,但社会秩序不足以代表所有的社会法益,无法与国家利益(国家法益)并称为同一位阶的概念。我国刑法中破坏社会主义市场经济秩序罪、贪污渎职犯罪等涉及国家利益的表述,基本以给国家带来损失的具体数额来判断,尽管分则第一章将国家安全纳入国家利益的范畴,但总体而言,国家利益的经济属性突出。刑事诉讼法没有使用国家利益的概念,《最高法解释》仅在第1条界定自诉案件范围时提及国家利益,其余条款混用公共利益、公共安全等概念。这些表明刑事法中的国家利益缺乏清晰、一致的界定,难以为自诉转公诉的标准提供较为明确的概念支撑。

第四,“严重危害社会秩序和国家利益”不能为所有阻却告诉乃论的情形以及所有自诉案件的程序转换提供合理、一致的标准。对于第一类告诉才处理的案件,侮辱诽谤行为造成“严重危害社会秩序和国家利益”后果的,不再是告诉才处理的案件,而暴力干涉婚姻自由行为只有致被害人死亡的或虐待致被害人重伤、死亡的,才构成阻却乃论的事由。但“严重危害社会秩序和国家利益”或重伤、死亡的严重后果是否属于自诉转公诉的标准,这是另一个层面的问题,刑事诉讼法未予明确。对于第二类可公诉可自诉的案件,依据法律和相关司法解释的规定,生产销售伪劣商品或侵犯知识产权“严重危害社会秩序和国家利益”的,检察机关应当依法提起公诉。然而,对于故意伤害(轻伤)、非法入侵住宅、重婚、遗弃和刑法分则第四、第五章规定的其他轻微案件,自诉转公诉的标准尚不明确。对于第三类“公诉转自诉”案件,立法和实务皆未关注再次转为公诉程序的可行性,遑论程序转换的标准。

## (二) 国家追诉利益之确立

公共利益是法学、经济学、政治学等学科共享的一个重要概念,我国学者在讨论“杭州诽谤案”时指出,本案社会影响已经超越了一般诽谤案件的范围,具有公共利益的指标意义,这使本案自诉转为公诉成为可能。<sup>[25]</sup> 然而,公共利益本身具有抽象性、多面性和不确定性,即使是在刑事程序的不同阶段,公共利益的内涵也各有侧重。<sup>[26]</sup> 在刑事追诉阶

[23] 参见许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2006年版,第123页。

[24] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2015年版,第173页。

[25] 参见张建伟:《检察追诉中的公共利益考量》,《检察日报》2021年2月24日第3版。

[26] See Liz Campbell, Andrew Ashworth & Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 5th edition, Oxford University Press, 2019, p. 205.

段,公共利益的本质即国家追诉利益,国家依照刑事诉讼法规定的正当程序,通过追诉犯罪促进实现自由、安全、秩序等价值。国家追诉利益可以适度区别于其他学科、刑事程序其他阶段的公共利益,有助于为刑事追诉的类型、标准和阻却追诉提供一个相对具体、明确、可操作的标准。相应地,若被害人选择自诉程序保护个人利益,检察机关在自诉程序进行中需要判断是否有必要基于国家追诉利益接管自诉、转为公诉。具体而言,确立国家追诉利益的依据主要包括以下五个方面。

第一,国家追诉利益契合了公共利益之限制国家追诉、保障基本权利的价值理念。遵循刑事一体化思路,罪与非罪、自诉与公诉之界分都要求刑事法保持谦抑性。以侮辱诽谤案为例,在刑法层面,罪与非罪的核心问题是权衡言论自由和保护名誉权、隐私权之间的冲突,国家应合理地选择真正值得刑事处罚的行为;<sup>[27]</sup>在刑事程序层面,对于此类可自诉、可公诉的案件,检察机关应谨慎选择真正值得国家追诉的行为。在此意义上,国家追诉利益是保护公民基本权利的“防火墙”。现代国家普遍建立了公共利益与个人利益互相转化的机制,公共利益只有在从个体价值的维护中才能不断获得正当性基础。<sup>[28]</sup>在自诉转公诉的判断中,国家追诉利益体现了公共利益之保障个人权利和自由的价值理念,给公诉权限定合理的边界,以此强化程序转换的正当性,避免以运动式的治理逻辑来扩大追诉范围。于此意义,国家追诉利益亦是平衡追诉犯罪和保障权利的“安全阀”。在刑事法领域,追诉机关在判断罪与非罪、自诉或公诉时,应秉承国家追诉利益之消极保障功能,谨防为追求某一个短期的社会目标而抛弃蕴含于公共利益之中的基本共识与长期关怀。

第二,国家追诉利益的内涵相对灵活、开放,可以为界分自诉和公诉提供价值填充和解释适用的空间,并为所有自诉案件的程序转换提供一致的客观标准。对于第一类自诉案件,告诉才处理的立法旨意是以被害人利益来限制国家追诉权。这类案件中的法益侵害比较轻微,被害人有不追诉的消极利益,国家追诉利益也极其有限,因而容许以被害人利益为指归,权衡追诉犯罪的必要性。<sup>[29]</sup>例如,侮辱诽谤案的法益侵害一般比较轻微,但行为后果升级、法益侵害加剧时,检察机关需考虑是否有必要基于国家追诉利益启动程序转换。对于第二和第三类自诉案件,被害人有证据证明的轻微刑事案件属于可自诉、可公诉的范畴,即使被害人选择提起自诉,检察机关仍得基于国家追诉利益接管自诉、转为公诉程序,这既是对被害人程序选择权的限制,也是对公共法益的优先保护。“公诉转自诉”的案件本应适用公诉程序,只是国家机关不予追诉才使被害人寻求自诉救济,若在自诉程序进行中回转为公诉程序,无异于承认最初国家机关的不作为存在错误。因此,“公诉转自诉”后又“自诉转公诉”仅具有理论的可能性,实务的操作意义不大。

第三,国家追诉利益是联结实体规范和程序机制的桥梁,可以为阻却告诉乃论、界分自诉和公诉、不起诉等制度提供融贯性、体系性的标准。《德国刑法典》(*Deutsches Strafgesetzbuch*)第 248a 条规定,对价值轻微物品的盗窃罪、侵占罪,须告诉乃论,但追诉机关可

[27] 参见张明楷:《网络诽谤的争议问题探究》,《中国法学》2015 年第 3 期,第 73 页。

[28] 参见韩大元:《宪法文本中“公共利益”的规范分析》,《法学论坛》2005 年第 1 期,第 8 页。

[29] 参见林钰雄著:《刑事诉讼法(上册)》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2020 年版,第 48 页。



以基于公共利益的考量,依职权主动介入。对于《德国刑事诉讼法典》(*Deutsche Strafprozessordnung*)第153条之微罪不起诉和第376条“自诉转成公诉”的规定,德国检察机关均以类似的种类和方式来评价是否存在公共利益,<sup>[30]</sup>以确保公共利益在刑事法中解释和适用的一致性。英国规定公共利益是提起公诉和中止追诉的共同因素,在治安法院受理案件中,约25%的中止追诉是基于公共利益的考量。<sup>[31]</sup>德国和英国的立法和实务表明,国家追诉利益秉承了公共利益之保护个人权利、防止滥用追诉的价值理念,可以在刑事实体法和追诉阶段发挥多元功能。

张明楷教授认为,即使诽谤行为严重危害社会秩序和国家利益,若被害人反对追诉的,仍不宜提起公诉。<sup>[32]</sup>回应这一观点需要区分国家追诉利益之阻却告诉乃论和界分自诉与公诉的二元功能。是否设定阻却告诉乃论的事由,须由立法经利益权衡作出规定。《德国刑法典》第194条将侮辱诽谤案作为告诉乃论之罪,同时列举了不须告诉的事由,更指明“被害人反对者,不得依职权追诉。”被害人提起自诉后,告诉要件得以满足,德国规定即使没有自诉人的申请,甚至自诉人明确表示反对,检察机关都有权基于公共利益在《刑事诉讼法》第374条所列之自诉案件中提起公诉。<sup>[33]</sup>我们发现,“不须告诉的事由”和检察机关接管自诉、转为公诉的“公共利益”未必一一对应。我国《刑法》将“严重危害社会秩序和国家利益”作为侮辱诽谤案阻却告诉乃论的事由,而《刑事诉讼法》尚未明确自诉转公诉的标准。国家追诉利益可以提供一套融贯性的判断标准,但该标准的具体表现形式在阻却告诉乃论、自诉转公诉两个层面并不一致。在阻却告诉乃论层面,就侮辱诽谤案、暴力干涉婚姻自由案和虐待案而言,立法可以设置阻却告诉乃论的具体事由,甚至可以规定“被害人反对者,不得依职权追诉”。就侵占案而言,现行立法没有规定阻却告诉乃论的事由,在欠缺告诉要件时,追诉机关不能基于国家追诉利益径直追诉犯罪,否则将侵害被害人不追诉的利益。质言之,国家追诉利益是否具有阻却告诉乃论的功能,在多大程度上发挥该功能,属于立法的形成空间。<sup>[34]</sup>当被害人提起自诉后,若法益侵害溢出至公共领域,国家追诉犯罪、保护法益的使命不再受被害人意愿的左右,检察机关有权基于国家追诉利益接管自诉、转为公诉。这是在告诉乃论层面尊重被害人不追诉利益的基础上,再次经法益权衡优先考虑国家追诉利益的结果。

国家追诉利益还可作为不起诉的一项标准,促进刑法和刑事诉讼法的互动。符合犯罪构成要件的行为已经具有社会危害性,满足公诉要件但欠缺国家追诉利益的,检察机关

[30] 参见[德]Hans-Jürgen Kerner著:《德国刑事追诉与制裁》,许泽天、薛智仁译,我国台湾地区元照出版公司2008年版,第161页。《德国刑事诉讼法典》第376条规定,针对第374条所列之自诉案件,仅于存在公共利益时,才由检察官提起公诉。

[31] See Liz Campbell, Andrew Ashworth & Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 5th edition, Oxford University Press, 2019, p. 211.

[32] 参见张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社2021年版,第1199页,脚注190。

[33] 参见《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社2013年版,第259页。需要说明,第374条中的自诉案件基本属于告诉乃论之罪,侮辱罪包括在内。

[34] 前文所述,《德国刑法典》第248a条规定价值轻微物品的盗窃或侵占罪须告诉乃论,但追诉机关可以基于公共利益依职权介入。与之不同,《德国刑法典》第247条也规定亲属间盗窃或侵占罪须告诉乃论,但未规定公共利益可以阻却告诉乃论,这表明立法者认为亲属关系优先于追诉犯罪。我国侵占罪应否维持在告诉乃论的范畴,长久以来存有质疑,本文分析立足于现行法律规定,国家追诉利益在侵占案中并没有发挥阻却告诉乃论功能的空间。

仍可以放弃追诉。例如,存在《刑事诉讼法》第 16 条法定不起诉事由的,即使启动公诉程序并经审理后定罪,行为人也无需承担刑事责任,检察机关应当认定不存在追诉利益,并作出法定不起诉的决定。酌定不起诉亦要求检察机关判断个案是否存在追诉利益,由于此时行为已经构成犯罪,情节轻微而非显著轻微,因此,检察机关需要参酌刑法的相关规定综合判断是否需要判处刑罚或是否可能免除刑罚。与法定不起诉相比,此时检察机关裁量评估的考量因素多、复杂程度大,但若认为追诉无助于实现刑罚目的,仍可以因欠缺追诉利益而作出酌定不起诉的决定。

第四,国家追诉利益不等于国家利益,且应与国家利益保持适度距离,以此给检察机关提出更高的要求。在刑事追诉阶段,国家追诉利益所要保护的是公共利益,比国家法益位阶更高,不仅包括刑法重视的经济利益和国家安全,还涵盖网络安全、生物安全、社会秩序等更广泛的领域。国家追诉利益有助于适度矫正国家在处理网络言论问题时“行为主义”的规制模式。我国强调通过规制行为人的具体行为来治理网络社会,主张对信息的传播进行严格控制,对违反规则的行为进行严厉制裁。<sup>[35]</sup> 检察机关是公民基本权利和宪法、法律的守护者,<sup>[36]</sup> 法治建设不仅要求检察机关追诉犯罪,更要作为法律监督机关来实现正义,匡正网络公共领域的异化风险。最高人民检察院在第 137 号指导性案例指出,针对网络犯罪的特点,检察机关应积极主动履职,及时有效打击犯罪,加强对公民人格权的刑法保护,维护网络秩序。但是,检察机关在有效履行刑事追诉职能的同时,也应作为国家追诉利益的维护者,强化法律和法治的权威性和公信力。

第五,国家追诉利益及其所代表的公共利益有助于促进学科之间的比较分析和沟通对话。在整个法秩序内,公共利益的内涵各有侧重,但都具有拘束国家权力、保障基本权利的价值基础。张翔教授倾向于限制基本权利的“外部理论”,即通过衡量公共利益、他人权利、国家功能的实现等因素,从外部确定什么样的权利主张不能得到支持。<sup>[37]</sup> 郭松教授指出,刑事被追诉人的基本权利具有主观权利和客观价值秩序的双重属性,权利处分不得损害公共利益。<sup>[38]</sup> 傅郁林教授归纳审级制度的一般原理时提出,司法公共资源的有限性意味着诉权保障的有限性,作为当事人“权利”的上诉机会要受制于公正与效率的平衡、私益和公益的平衡等准则。<sup>[39]</sup> 本质上,公共利益蕴含了社会的一系列基本价值,而这些价值又支撑起整个社会的基本结构。<sup>[40]</sup> 在这些基本价值和社会结构之下,经济学、政治学等领域的研究和著述都在使用、阐释和建构公共利益。<sup>[41]</sup>

[35] 参见郑智航:《网络社会法律治理与技术治理的二元共治》,《中国法学》2018 年第 2 期,第 113-114 页。

[36] 参见魏晓娜:《依法治国语境下检察机关的性质与职权》,《中国法学》2018 年第 1 期,第 292 页。

[37] 参见张翔著:《基本权利的规范建构(增订版)》,法律出版社 2017 年版,第 291-292 页。

[38] 参见郭松:《被追诉人的权利处分:基础规范与制度构建》,《法学研究》2019 年第 1 期,第 168-169 页。

[39] 参见傅郁林:《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》,《中国社会科学》2002 年第 4 期,第 87、90 页。

[40] See Roger Brownsword, *Law and the Public Interest: Proceedings of the 1992 ALSP Conference*, Steiner Press, 1993, pp. 30, 34.

[41] 参见[美]詹姆斯·M. 布坎南、戈登·图洛克著:《同意的计算——立宪民主的逻辑基础》,陈光金译,上海人民出版社 2017 年版;俞可平著:《权利政治与公益政治》,社会科学文献出版社 2000 年版;张方华著:《回归国家治理的公共性——我国公共利益与政府利益的关系研究》,南京师范大学出版社 2019 年版。

## 四 国家追诉利益的考量因素及其司法适用

### (一) 国家追诉利益的内部因素和外部因素

国家追诉利益是一个不确定的法律概念,它和裁量判断联系在一起,追诉利益的内涵越抽象,个案裁量空间越大。追诉利益的判断不可能彻底地公式化,但可以通过枚举追诉利益的考量因素,并围绕因素及其解释来持续塑造教义学体系,为司法人员提供一套具有合理性、一致性和可预测性的客观标准。因素的界定要反映刑事法的一般原理及其蕴含的价值基础,还要符合国家所欲适度追求的政治目标,具体分为内部因素和外部因素。

#### 1. 内部因素

内部因素主要关注犯罪的严重性和行为人的罪责。界定内部因素有两方面的参考依据:不起诉的情形和量刑情节。一方面,不起诉的情形可以为识别内部因素提供反向指引。符合犯罪构成要件的行为即具有社会危害性,但并非刑法禁止或制裁的所有行为,国家都适合动用刑事追诉手段,追诉必要性还需经过追诉利益的审查和判断。我国的酌定不起诉最为明显,即使行为已经构成犯罪,但情节轻微且可能免于刑事处罚的,追诉和审判无助于实现刑罚目,因而欠缺追诉利益。《刑法》中不需要判处刑罚或免除处罚的情形和2007年《人民检察院办理不起诉案件质量标准(试行)》(下称“《不起诉案件质量标准》”)可以为内部因素的界定提供若干具体指引。另一方面,罪责和量刑联系紧密。刑事程序有两个阶段最为重视裁量权,即检察官的起诉裁量和法官的量刑裁量,两种裁量都考量类似的因素来评估行为人的罪责。日本大谷实教授发现,行为人的性格、年龄及境遇、犯罪的轻重、情节等量刑情节亦是检察机关起诉与否的考虑事项。<sup>[42]</sup>亦有英国学者主张将犯罪的严重性和可能判处的刑罚作为公共利益最重要的两个因素。<sup>[43]</sup>罪责和量刑之间的紧密联系再次体现出国家追诉利益的多元功能,可以为追诉和量刑提供一个融贯性的分析框架。所以,2021年《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》(下称“《量刑指导意见》”)第三部分的常见量刑情节有助于我们反向推导追诉阶段的内部因素。<sup>[44]</sup>

具体而言,国家追诉利益的内部因素包括三个方面:犯罪性质、罪责程度和犯罪预防的必要性。首先,犯罪性质即所涉犯罪的严重程度,越是重罪案件,越有追诉必要性。例如,《不起诉案件质量标准》规定危害国家安全的犯罪不适用酌定不起诉,相较而言,侮辱诽谤等告诉才处理的案件以及非法入侵住宅罪等自诉案件的性质较轻,追诉必要性明显降低。其次,罪责因素多数指向量刑情节,后者又分为责任刑情节和预防刑情节,可以参照此二分法来讨论常见的罪责因素。追诉利益的罪责和责任刑的罪责都指向法益侵害的事实,因此,与法益侵害程度相关的行为的结果、手段、犯罪的时空及环境条件、行为的次

[42] 参见[日]大谷实著:《刑事政策学(新版)》,黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第189页。

[43] Roger Daw & Alex Solomon, Assisted Suicide and Identifying the Public Interest in the Decision to Prosecute, 10 *Criminal Law Review* 737, 742 (2010).

[44] 内部因素的列举和归整参考了张明楷教授关于责任刑和预防刑情节的论述。参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第762-771页。

数以及犯罪预备、未遂、共犯等事实都是评估罪责的因素。<sup>[45]</sup> 罪责越大,越有必要为了国家追诉利益将自诉转为公诉程序。最后,犯罪预防的必要性亦可能影响追诉的必要性。刑事追诉和刑罚裁量都应考虑犯罪预防的目的。自首、立功等重要情节的单个适用或共同作用都可能对刑罚裁量产生实质影响,反观追诉阶段,若追诉无助于实现犯罪预防的目的,则追诉必要性较低;若自诉足以实现预防目的,则不必启动公诉程序。这契合刑事法谦抑性的理念,还有助于节省追诉成本,将司法资源用于更值得追诉的犯罪。

预防刑的裁量情节比较宽泛,在判断国家追诉利益时,犯罪预防的因素一般只限于法律和司法解释明确列举之范围,这可以为检察机关提供相对明确的指引并拘束其裁量空间。而且,量刑是一种度的裁量,即使某些有利于被追诉人的因素在追诉阶段没有被考虑或重视,法官在量刑阶段仍可以将之作为减轻或从轻量刑的依据。因此,追诉阶段犯罪预防的考量范围可以限缩为以下三类:一是自首和立功。行为人犯罪后自首且犯罪较轻的,或有重大立功表现的,可以免除处罚,这表明自首和立功在评估追诉利益时的权重较大。二是坦白、和解、认罪认罚和积极赔偿损失等因素,表明行为人悔罪态度较好,再犯可能性低,预防必要性较小。相反,犯罪后订立攻守同盟,毁灭证据,逃避或者对抗侦查的,人身危险性和追诉必要性较大。三是行为人有脱逃行为或在被采取强制措施期间又犯新罪的,或者属于累犯或有前科的,特别预防的必要性则较大。

内部因素还有一个特殊层面,即比例原则。在一定程度上,比例原则已经超出内部因素的范畴,不仅关注法益侵害和罪责问题,更关注司法资源、诉讼效率等宏观因素。检察机关应以刑罚目的和刑事政策为导向,评估追诉成本、预期结果以及能够在多大程度上实现刑罚目的,进而判断是否接管自诉、转为公诉。我国的酌定不起诉体现了追诉利益之内部因素和比例原则的双重要求:一方面,检察机关应考虑犯罪性质、犯罪情节和可能判处的刑罚;另一方面,若最终可能不需要判处刑罚或免除刑罚的,则基于比例原则不予起诉,以此节省资源、确保效率。总之,以合目的性考量为基点,罪责较轻或犯罪预防必要性较低的,不必强行追诉。

## 2. 外部因素

外部因素要求将刑事法嵌入更广阔的国家治理框架中,所保护的私人法益弱化、公共法益突出。公共领域的协商和沟通具有国家治理功能,需要法治国家机制的保障,刑事法考量追诉利益的外部因素,可以确保私人领域和公共领域免遭“充满变数的政治”的无端干预。<sup>[46]</sup> 此外,追诉利益又可以适度缓冲国家治理和法律之间的紧张关系。当刑事追诉可能严重损害公共领域中其他值得追求的公共目标时,追诉利益要求检察机关审慎决定是否追诉。《网络诽谤案件的解释》第 3 条将公共秩序、民族宗教、国家形象等纳入是否公诉的考量范畴,《最高法解释》第 492 条和《人民检察院刑事诉讼规则》第 676 条要求司法机关审查和提供国际刑事司法协助时,发现请求协助事项有损我国主权和安全的,可以予以拒绝。主权、秩序、民族、国家安全、国家形象等皆是值得追求的其他公共目标,属于

[45] 参见张明楷著:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社 2015 年版,第 281 页。

[46] 参见[德]哈贝马斯著:《公共领域的结构转型——论资产阶级社会的类型》,曹卫东等译,学林出版社 1999 年版,第 258 页。

国家追诉利益的外部因素,它们为追诉犯罪限定了一个宏观框架。《刑事诉讼法》第182条“特殊不起诉”体现出追诉利益的外部因素对国家追诉的制约效果。嫌疑人自愿如实供述且有重大立功或者案件涉及国家重大利益的,经最高人民检察院核准,可以作出不起诉决定。“自愿如实供述”和“重大立功”属于犯罪预防层面的评估,“国家重大利益”主要涉及外交、国防、宗教、民族、科技和经济等重要领域,案件的性质、被告人的身份、案件起诉或作出有罪判决的后果等关联因素会对上述领域的国家利益产生重大影响。<sup>[47]</sup>因此,第182条可以直接定性为基于国家追诉利益的不起诉,无需叠床架屋地引入“特殊不起诉”或“国家重大利益”等概念。

列举常见的内部和外部因素后,本文承认,难以穷尽国家追诉利益的所有因素,“非常个别而详尽地揭示权利应是什么的枚举式规范,可能在个案中违反实质的正义,必须保留给司法对概括条款的裁量空间和价值补充空间。”<sup>[48]</sup>内部和外部因素已经建构起一个基本框架,我们可以根据理性与经验促进考量因素的类型化,<sup>[49]</sup>并由司法人员在个案中填补框架,实现类型化因素的具体化适用。类型化应遵循以下三个要求。

第一,因素只宜作中立的表达,不宜将两个或多个因素建构为具体情形,过度具体化反而折损其本身的参考价值。有些因素的效果比较特定,如自首、立功、认罪认罚的效果仅是降低追诉必要性,但多数因素的效果具有双面性,因案而异,若结合多个因素规定具体情形,可能降低其参考指引价值。例如,在最高检第138号指导性案例“岳某侮辱案”中,被害人的个人信息被散布在网上,引发大量负面评价,造成恶劣社会影响,但本案被害人只有一人,办案机关不能参照《网络诽谤案件的解释》第3条之“诽谤多人,造成恶劣影响”直接予以公诉,只能转向“其他严重危害社会秩序”的概括条款。诽谤人数可以作为一个考量因素,但不宜具体化为一项刚性规则,否则可能不当限制个案裁量。以“因素”作为基本单位,更有利于把它们适用于个案事实,让追诉利益的标准兼具抽象性和灵活性,适应不断发展的政治目标、社会变迁和文化观念的需求。

第二,及时归整因素并形塑国家追诉利益的教义学。上述列举的内外部因素是常见的、一般性的,它们在各种类型案件中的表现和功能各有侧重。例如,网络诽谤案件会特别关注诽谤行为是否造成恶劣的社会影响或国际影响。立法者应当依据刑法目的和刑事政策,制定和颁布类型化或类案化的指引和标准,以此为基础,教义学可以围绕追诉利益进一步构建规范的融贯性网络,依托概念和体系发挥三方面的拘束功能。其一,禁止法律或司法解释不当扩大追诉利益的内涵,谨防将不适当的内外因素纳入追诉利益的判断体系,侵蚀自诉的必要空间。其二,严格把控追诉机关对追诉利益标准的解释和适用,保证刑事法对基本权利的保障可以实现。其三,防止对追诉利益的任意解读,致力于发展符合逻辑论证、颇具品性品质的“第四权”体系。<sup>[50]</sup>

[47] 参见董坤:《认罪认罚从宽中的特殊不起诉》,《法学研究》2019年第6期,第180页。

[48] 参见[德]阿图尔·考夫曼著:《法律哲学》(第二版),刘幸义等译,法律出版社2011年版,第209页。

[49] 参见余军:《“公共利益”的论证方法探析》,《当代法学》2012年第4期,第20页。

[50] 参见许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2006年版,第125页。

第三,注意典型案例的分析和积累,逐步填补国家追诉利益的抽象内涵。明确属于或不属于国家追诉利益的考量因素,可以确定两个基点,依托“概念核”和“概念晕”在两个基点之内提出一些可能的适用情形。<sup>[51]</sup> 德国宪法法院在权衡公共利益时,并非从正面回答手段和目的之间的比例是否合理,而是从反面审查某一措施是否不合理。<sup>[52]</sup> 我国规制土地征收时也遵循此方法,规定“企业从事商业性开发,政府兴建高尔夫球场等”不属于公共利益。刑事法亦可遵循此思路来积累判例、总结经验,随着追诉利益的抽象内涵得到不断填补,可预期性相应提升,未来个案裁量判断的余地将日渐缩小。同时,教义学应及时剖析个案、归整要素,不断促进追诉利益考量因素的正向、反向具体化。于此意义,“杭州诽谤案”为我们提炼追诉利益的要素、形塑自诉转公诉的标准带来了契机。

### (二) 国家追诉利益的适用:“不对称状态下的再权衡”

讨论追诉利益标准的适用前需要澄清一个问题:证据情况是否是自诉转公诉的考量因素?在“杭州诽谤案”中,检察机关表示诽谤案件的公民个人维权难度较大,若不启动公诉程序,被害人自己调查取证能力有限。<sup>[53]</sup> 质言之,自诉人举证困难成为本案转公诉的一个原因。本文认为,自诉案件的证据情况不构成转公诉的因素,检察机关不是为了便于追诉犯罪而转公诉,而是基于国家追诉利益才接管自诉。第一,自诉和公诉之间是非排斥、非补充的关系,并非自诉不能而由公诉接续;反之,纵使自诉案件证据确实、充分,检察机关亦得基于追诉利益转换程序。若是为了“便于追诉犯罪”,这基本上对检察机关毫无实质限制,而追诉利益恰能发挥限制追诉、保障权利的功能。第二,我国自诉门槛较高,事实清楚且有足够证据的才开庭审判,若要在证据层面解决自诉人的举证难题,可以考虑适当降低自诉门槛,而非由检察机关代为履行追诉职责,否则,无论何种自诉门槛都将形同虚设,自诉人会期待检察机关代为追诉,从而怠于履行举证责任。第三,在网络诽谤案中,如果自诉人收集证据确有困难,法院在立案后可以依据《刑法》第 246 条第 3 款要求公安机关提供协助。告诉乃论之罪的“告诉”既是诉讼要件,也是侦查端绪,法院受理自诉案件后可以向公安机关提供线索,由其协助收集证据并开展初步调查工作。<sup>[54]</sup> 若案件维持在自诉程序,公安机关应根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第 176 条及时向法院移交已经收集的证据;若“选择确定”为公诉程序,则遵循公诉优先原则合并案件系属,先前收集的证据可以在公诉程序中使用。要言之,法律和司法解释已经为自诉人提供了额外的取证关照,自诉转公诉的标准仅限于追诉利益。

在自诉转公诉的判断中,国家追诉利益标准的适用过程是一种“不对称状态下的再权衡”。这包含两层含义。第一,自诉和公诉处于一种不对称状态。追诉利益的内外因素是平铺的、零散的,若仅要求检察机关依据相关因素在天平两端进行自诉/公诉的称重

[51] 参见[德]罗尔夫·旺克著:《法律解释》(第6版),蒋毅、季红明译,北京大学出版社2020年版,第87页。

[52] 参见郑永流、朱庆育等著:《中国法律中的公共利益》,北京大学出版社2014年版,第65页。

[53] 参见最高人民法院第一检察厅等编:《自诉转公诉的“庭前幕后”——浙江余杭网络诽谤案》,中国检察出版社2021年版,第34页。

[54] 在厘清告诉乃论和自诉、自诉和公诉的两组关系后,公安机关协助收集证据的规定不应限于通过信息网络实施的侮辱诽谤案件,而是可以适用于所有自诉案件。《刑法》第246条第3款和《最高法解释》第325条第2款没有必要作出特殊规定。

和比较,难以有效拘束其裁量权,因为司法人员总能找到足以支持所期待结果的论据。为了防止检察机关确定公诉基调后再寻求论证追诉利益,天平一开始就向自诉一端倾斜,产生一种维持自诉、不转公诉的“不对称状态”,除非检察机关能够充分论证因追诉利益而转换程序的必要性,才可撬动天平向公诉一端倾斜。在原理、价值和规范层面,不对称的前提状态具有正当性基础。其一,立法将特定案件界定为自诉范畴,已经表明它们的性质相对不严重,若自诉程序足以实现刑罚目的,则无需启动公诉程序,这符合刑事法谦抑性的理念和比例原则的要求。其二,告诉乃论之罪将被害人告诉作为诉讼要件,被害人有证据的轻微案件也可以选择自诉或公诉,因此,天平自始向自诉一端的倾斜体现出国家对被害人意愿的尊重。其三,追诉利益不是促成追诉事由,天平向自诉一端的倾斜加重了检察机关的论证负担,不仅要求他们打破天平的平衡,而且必须撬动原本不平衡的天平,这契合追诉利益之限制追诉、保障权利的价值取向,可以促使检察机关谨慎裁量判断是否转为公诉。其四,在法规范层面,《网络诽谤案件的解释》第2条和第3条诽谤罪的犯罪构成要件层面和阻却告诉乃论层面都规定了“其他情形”,在一定程度上冲击了刑法的确定性要求。追诉利益层面给予被追诉人不对称的关照符合实质正义的要求。

第二,追诉利益的判断和适用是一个“再权衡”的过程。权衡上述理由之后,自诉自始处于天平的优势一端,检察机关需在个案中评估追诉利益内外因素的权重,论证自诉转公诉的必要性。“再权衡”应注意三点要求:其一,以刑罚目的为导向进行整体性评估。检察机关首先要识别个案中的罪责和预防等因素,结合事实情状和法律依据评估每个因素的权重并将其归整、融入个案之中,形成整体性、体系性的综合判断。个案情形迥异,因素权重不同。有可能单独一项因素的权重超过了其他数个因素的总和,对追诉必要性的评估具有实质影响。例如,在虐待案和暴力干涉婚姻自由案中,若造成被害人重伤或死亡的严重后果,行为人的罪责显著加重,刑法即直接认定存在国家追诉利益,不再将之作为告诉才处理的案件。其二,区分犯罪构成要件的因素和追诉利益判断的因素,禁止重复评价。《网络诽谤案件的解释》第2条将被害人精神失常、自残、自杀等严重后果界定为“情节严重”的一种情形,如前文所述,有观点认为这些严重后果应归入第3条之(七)“其他严重危害社会秩序的情形”。然而,第2条和第3条的性质和功能不同,尽管都考虑损害后果,但并不能因为符合犯罪构成要件而自动认定国家追诉利益层面之罪责,必须有超出构成要件之外的内容才能作为追诉利益的罪责因素,从而成为支持转公诉的依据。所以,不应重复评价,不能将某一因素既充当构成要件的因素又充当追诉利益的因素。在“杭州诽谤案”中,诽谤行为严重侵害了被害人的人格权,即使后续毁损他人名誉的状态持续存在,认定为情节严重即可,“网络诽谤案件的特点,决定了其本身就是值得处罚的情节严重的行为”。<sup>[55]</sup>而且,被害人自杀、死亡的结果尚且只属于犯罪构成要件层面的“情节严重”,“社会性死亡”当然不超出构成要件层面的评价,不属于追诉利益层面增加罪责的因素。其三,谨慎对待数据统计在罪责和预防必要性评估中的作用。检察机关在论证“杭州诽谤案”中行为的社会危害性时,强调相关话题引发网络热议。“同样的犯罪,经过

[55] 张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社2021年版,第1198页。

媒体大量报道后会产生重大影响,但没有经过媒体报道的则不会产生社会影响……如果将社会影响作为增加责任刑的情节,不仅导致处罚不公平,而且导致媒体左右量刑。”<sup>[56]</sup>这表明媒体报道对本案的后果和影响产生了或多或少的助推作用。更重要的是,检察机关应对追诉利益的各项因素进行整体性评估,而非数量化的计算。司法过程附有道德责难和国家制裁,过分依靠数量化的证明和程序反而让人感觉法律制度毫无人文关怀。<sup>[57]</sup>而且,数据统计仍属事实层面的论据,“实然无法直接导出应然”,事实论证无论如何无法成为法律论证的全部,而必须进一步透过法律论证来解决应然问题。<sup>[58]</sup>质言之,检察机关必须详细论证个案之中的数据和统计如何联结追诉利益的内外因素、如何影响心证判断和整体评价、如何符合追诉利益的需要并最终转为公诉程序。

## 五 结 论

自诉转公诉的程序转换不仅涉及国家追诉利益,更与被追诉人或自诉人的个人权益密切相关。尽管如此,检察机关决定转为公诉程序的,没有必要赋予被追诉人异议权。被追诉人享有一定的程序选择权,但程序法之本质是公法,检察机关依法追诉犯罪的权力不受被追诉人意志的左右。而且,公诉程序亦能保障被追诉人的权利,检察院和法院可以在随后程序中适时作出有利于被追诉人的程序处分,在转换程序阶段无需额外增加控辩负担和程序损耗。对于自诉人而言,自诉转公诉程序后,他们的身份将出现转变,成为“负有观察义务的介入者”,<sup>[59]</sup>其本质是被害人,享有当事人的一般权利,但权利被克减,没有独立的上诉权。因此,在程序转换阶段应赋予自诉人向检察机关提出异议的权利。然而,被害人意见仅涉及国家追诉利益之内部因素范畴,可能影响罪责程度,并不必然对检察机关的判断产生决定性作用。毕竟,“犯罪追诉,本具公共利益色彩,国家对于追诉犯罪之任务,并不因自诉人提起自诉而解除”,<sup>[60]</sup>也不因自诉人提起异议而受阻。

综观全文,自诉和公诉关系的辨析和程序的衔接为刑事法中国家追诉利益的确立带来了契机。国家追诉利益是公共利益在刑事追诉阶段的体现,可以为阻却告诉乃论、自诉转公诉、不起诉等制度提供一个核心概念和一套规范体系,并促进刑事法与宪法、其他部门法、其他学科(经济学、政治学等)之间的互动和对话。尽管我们难以穷尽国家追诉利益的所有考量因素和具体情形,但内外因素可以为其内涵的具体化提供一个融贯性的框架,依托个案经验和法律解释实现国家追诉利益的概念化和体系化。

[本文为作者主持的 2022 年度浙江省哲学社会科学之江青年理论与调研专项课题“刑事追诉中的公共利益:以法与政治的关系为视角”(22ZJQN03YB)的研究成果。]

[56] 张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 766 页。

[57] See Laurence Tribe, Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, 84 *Harvard Law Review* 1329, 1375-1376 (1971).

[58] 参见黄舒芃著:《变迁社会中的法学方法》,我国台湾地区元照出版有限公司 2009 年版,第 146 页。

[59] See John Langbein, Controlling Prosecutorial Discretion in Germany, 41 *The University of Chicago Law Review* 439, 462 (1974).

[60] 林钰雄著:《刑事诉讼法(下册)》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2020 年版,第 240 页。



---

---

## Basic Norms and Evaluative Standard for the Transition from Private Prosecution to Public Prosecution- an Analysis Based on the State's Prosecuting Interest in Criminal Justice

[**Abstract**] An analysis from the perspectives of normative doctrine, protection of legal interest, practical needs, and legal dogmatics shows that the private prosecution system mainly aims at preventing the abuse of non-prosecution by the state, working as a restriction rather than an exclusion of public prosecution. The non-exclusive and non-supplementary relationship between private and public prosecutions can not only meet the requirement of prosecuting crimes but also provide reasonable dogmatical interpretations for relevant theories and normative rules. Clarifying the relationship between private prosecution and public prosecution can lay a normative foundation for the transition from private prosecution to public prosecution. A procuratorial organ can take over a private prosecution and turn it into a public prosecution if the circumstance of the case meets certain standards. In the “Hangzhou Defamation Case” prosecuted in 2020, the provision of “seriously endangering social order and national interest”, relied on by the prosecution in turning private prosecution into public prosecution, has such problems as vague standards, absence of value restraint and lack of procedural transparency. Therefore, China should establish the standard of the state's prosecuting interest, which, as the concrete embodiment of public interest at the stage of criminal prosecution, has such values as restricting non-prosecution, safeguarding basic rights, providing a set of coherent and systematic norms for implementing the systems of prosecution-upon-claim, transforming private prosecution into public prosecution, and making non-prosecution decisions, and promoting theoretical dialogues among criminal justice, constitutional law, other branches of law, and other disciplines (such as economics and political science). Factors for evaluating the state's prosecuting interest include internal and external ones. Internal factors focus on the culpability and necessity of crime prevention, and external factors embed criminal justice into the larger structure of social governance. Establishing the criteria of the state's prosecuting interest are necessary for making detailed rules for turning private prosecutions into public prosecutions. The application of the standard of the state's prosecuting interest is a process of “re-weighting under asymmetric situations”, requiring procuratorial organs to consider various considerations and individual cases holistically and demonstrate the necessity of turning private prosecution into public prosecution. The process of re-weighting should meet three requirements: firstly, the state's prosecuting interest must be holistically evaluated in light of the purposes of punishment; secondly, elements of a crime and factors relating to the state's prosecuting interest cannot be repeatedly evaluated; and thirdly, caution must be exercised towards the role of statistics in assessing the culpability and necessity of prevention in individual cases.