首都师范大学学报(社会科学版)
Journal of Capital Normal University
(Social Sciences Edition)
2017 年第 1 期 (总第 234 期)
法学研究

环境犯罪选择性追诉及其抗辩
——兼谈刑事诉讼程序性审查机制的建立和完善

赵旭光

摘 要: 环境犯罪追诉中,由于追诉裁量权的存在和地方经济利益的现实因素,选择性追诉较之其他领域更为多见。选择性追诉之危害在于其目的的不正当、与市场经济之自由竞争完全背离,必须加以规制。刑事实体法中对于"滥用职权"的罪状用来描述选择性起诉非常牵强,必须在程序上确立选择性追诉抗辩。虽然域外的司法审查在中国尚存在很大障碍,但根本解决之道仍然需要期待对刑事追诉司法审查机制的建立,当前变通之策则有赖于"判中判"的程序性事项司法审查制度的完善。

关键词: 环境犯罪;选择性追诉;刑事抗辩;程序性审查
中图分类号:DF84 **文献标识码:**A **文章编号:**1004 - 9142(2017)01 - 0055 - 08

一、引言——环境犯罪选择性追诉的存在可能

2013 年,河北省环保厅、公安厅和检察院分别开展了严厉打击环境污染犯罪的专项活动。据《河北日报》报道:"省环保厅共排查企业 2.2 万家,查处环境违法问题 2493 个,向相关部门移送 125 件。省公安厅开展了打击环境污染犯罪专项行动,截至 8 月底,全省公安机关共立污染环境类刑事案件 185 起,破案 122 起,抓获犯罪嫌疑人 183 人,刑事拘留 124 人,逮捕 42 人。全省检察机关共监督行政执法机关向公安机关移送涉嫌污染环境犯罪案件 24 件 28 人,监督公安机关立案 13 件 15 人。"[①]对这些数据进行分析,我们能够得到以下微妙的结论:第一,环保部门存在应该移送公安机关侦查而未移送的问题,且比例不低(移送 125 件,其中 24 件是受到检察监督后移送的,占总移送案件的 19.2%);第二,公安机关存在应立案而不立案的问题,比例也不低(共立案 185 起,其中 13 件是在检察机关立案监督后立

收稿日期:2016 - 07 - 11
作者简介:赵旭光,男,山东蓬莱人,华北电力大学人文与社会科学学院副教授,法学博士。(北京 102206)
基金项目:2014 年国家社科基金一般项目"环境犯罪的刑事追诉机制研究"(项目编号:14BFX065)的研究成果。

① 段丽茜:《4 月以来 我省 43 人因环境犯罪被批捕》,《河北日报》2013 年 9 月 30 日第 2 版。

案，占总立案数的7%）。另外值得注意的是，2013年5月22日，廊坊市下属的霸州市（县级市）、永清县“小电镀”污染环境问题被新闻媒体曝光后，两地公安机关立案侦查62起，占全省公安机关环境犯罪立案总数185起的33.5%，而河北省共辖11个地级市，169个市辖区、县级市、县、自治县。那么我们有理由怀疑其他167个县区仍然存在大量应该追诉而未追诉的案件。显然，这些环境犯罪的案件存在选择性的追诉问题。

环保部门移送的125件案件、公安机关立案的185件案件，分别有19.2%和7%的案件属于本该移送和立案侦查的案件而未予追诉，那么对于相同情形的其他被追诉企业是否公平呢？行政机关和司法机关在决定追诉与否的问题上，享有一定的自由裁量权。在中国，尽管这种自由裁量权已经被限定在非常狭窄的范围内（主要依据《刑事诉讼法》第15条“犯罪情节轻微”的情形，公安机关可以不立案，检察机关可以不起诉），但适用却并不狭窄。在很多情况下，这种裁量权已经远远超出了“犯罪情节轻微”的限制，很多案件情节严重也会被裁量成不追诉。因为，客观上影响追诉决定的因素很多，比如前科、犯罪动机、社会危害性、刑事政策、诉讼经济等。当然，这也并不是非常严重的问题，在英美等奉行起诉裁量主义的国家，追诉裁量权大到几乎不受限制①。出于正当目的的追诉裁量是无可厚非的，也是刑罚个别化的题中之义。但是，如果追诉裁量的出发点是恶意的，那就是违背法治精神，不能容忍的。如前文的例子，如果上百家企业的环境污染问题，只有被追诉的那些企业造成严重后果，构成犯罪，应予追诉，其余企业情节轻微，依刑法尚不构成犯罪，那么依法只追诉涉嫌犯罪的企业，并无不当之处，这正是罪刑法定原则的要求。但是，如果所有企业都构成犯罪，只追诉其中一部分，那就大有疑问了。我们必须要追问其余企业为何免予刑事追诉？假设有的企业是因为向执法人员行贿，有的企业是因为与执法人员有种种关系（利益关系甚或其他利害关系），那么显然有人应当为此承担刑事责任——行贿、受贿、徇私枉法、滥用职权等。凡是与执法人员个人利害、职务廉洁性、职权滥用相牵涉的，都可以以刑罚规范之。当然，这也很难，涉及谁来举报、谁来发现、谁有线索等等难题，这姑且不去讨论，也总算有办法可循。但是，仅仅用刑事实体法，是否解决了所有问题呢？答案是否定的。假设上百家企业都构成犯罪，予以刑事追诉的企业全部是外地企业，其余没有追诉的都是本地企业，其中并无徇私枉法等牵涉个人犯罪的情形，那是否公平呢？再假设，上百家企业都涉嫌犯罪，独独追诉排污被媒体曝光的企业，其余未被媒体关注，那是否公平呢？（前文报道中霸州市、永清县由于小电镀问题被媒体曝光导致该两县被刑事追诉的企业竟然占到全省的33.5%，就是一个活生生的例子。）又假设，这些被追诉企业的负责人要么是曾经的“上访专业户”，要么曾经举报过某领导，要么曾经对政府提起过行政诉讼，总之都曾经做过不利于管理机关或其领导的事，而其余企业负责人则都无此种“不良记录”，那又是否公平呢？

显然，这三种情况，对于被处罚的企业是不公平的。理论上，“只要公职人员权力的实际界限允许其在可能的作为或不作为方案中自由做出选择，那么他就拥有裁量”，②凡是存在自由裁量的地方，就会存在被滥用的可能，如果自由裁量权的领域与利益关系紧密，这种可能就会变大。而如果制度上对自由裁量权的监督不力，这种可能就会进一步加码。环境领域的犯罪就是属于这样一个领域。这一点，我们可以从环境犯罪司法的现实状况予以佐证。为了打击侵害环境的行为，中国在1997年《刑法》中增设“破坏环境资源保护罪”专节；2011年在《刑法》修正案（八）中对重大环境污染事故罪进行了修订；2013年，为进一步打击环境犯罪，两高出台了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》。效果如何呢？有研究者根据国家环境统计年度公报进行统计，发现自1997年《刑法》设立“破坏环境资源保护罪”专节至2010年，中国环境污染刑事案件生

① ［美］爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰卡：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，中国人民大学出版社2002年版，第274页。

② ［美］肯尼斯·卡尔普·戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆2009年版，第2页。

效判决都处于个位数。[①] 直至2014年5月，最高人民检察院的机关报仍然用“破冰”这样的词来形容查办破坏环境资源犯罪的现状。[②] 显然，这与我们的直观感受是不一致的，媒体上到处充斥着环境污染的事例，全国够罪的竟然是个位数？如果情况真的如此，那么1997年《刑法》修订就有问题：一个罕见的危害行为怎么能够规定为犯罪呢？所以，一定存在大量应予追诉而未追诉的环境污染案件，从反面来说，那些被追诉的个案一定是被“选择”出来进行追诉的。“选择”有错吗？刑事追诉不就是一个选择的过程吗？其危害性在哪里，危害又有多大，司法该如何调处呢？这是本文要致力解决的问题。

二、环境犯罪选择性追诉的危害

诚然，刑事追诉本就是一个选择的程序，将应受惩罚者“选择”出来进行追诉，施以刑罚。但是，选择的出发点，也即选择的目的应该是善的，而不能是恶意的。传统理论认为，法律仅仅能调整法律关系主体的外在行为而不能规范内心世界，此乃法律或者法治之本身的局限性。由于目的、动机是隐形的，不像外部的行为那样具有直观、外化的特征，所以，判断起来比较困难。在法治的初级阶段，为了避免操作困难，法律对此予以沉默。但是，随着公共权力与个人私权利的区分、公法与私法的分野，以及公权力被滥用的频率上升，加之公权力自由裁量权的扩张，对那些在主观上、深层次驱动公权力运行的因素进行目的性的规范，便成为法律帝国管辖之范围。现代公法理论认为，公法与私法不同，它强调权力主体行使公权力的目的和动机的正当性。英国行政法权威韦德曾经评论到：“公共权力机关的权力在根本上不同于私人权力，一个人可以订立遗嘱按照自己的意愿处理自己的财产，只要保证了被赡养和被抚养人的权利就行，他的遗嘱可以出于恶意或报复心理，但在法律上，这并不影响他行使他的权力。同样，一个人有绝对的权力允许他喜欢的人使用其土地，赦免债务人，或在法律允许时驱逐房客，不考虑其动机。但一个公共权力机关就不能做其中的任何事情，它只能合理地、诚实地行事，只能为了公共利益的合法目的行事。”[③] 公权力行使的目的，在法治发达到一定的程度时，逐渐被纳入到法律的视野。在公法理论上，这种对公权力尤其是政府权力运行的目的、动机、主观考虑因素进行规范的原则，被称为合目的性原则或者合理性原则。有的学者将之称为“不适当之动机或目的，不相关因素之考虑，未考虑相关因素，非理性，荒谬，恶意，不诚实，恣意，反复，刚愎”。[④] 因此，作为国家公权力行为的刑事追诉，其目的必须是善意的，出于恶意的目的而进行的追诉属于权力的滥用，必须受到规范。恶意的追诉，危害性巨大，笔者尝试通过对前文案例的分析阐述之。

对于第一种情况：百家企业都够罪，只追诉外地企业，本地企业不追诉。这是一种歧视性追诉，保护本地企业，歧视外地企业，同等情形不给予同等对待，违反法治之平等保护精神。依现代刑罚理论，行为是国家实施刑事处罚的主要出发点，也即刑事追诉的主要出发点是某人做了什么，而不是他是谁。依现代各国普遍认可的法之基本原则，法律面前人人平等，凡实施应受刑法处罚之行为的人，只要主体适格都应予以追诉，无论何人。若实施相同行为的数人，有的受到刑事追诉，有的没有受到刑事追诉，那么我们就会认为这种追诉是不平等的。而如果这种选择的出发点是因为追诉者的偏好（也即歧视），那么这种追诉就是恶的，就需要受到规范。

对于第二种情况：百家企业都够罪，只追诉被媒体曝光的企业，其余不追诉。这是一种追诉目的的不正当联结，是考虑了其他不相关因素。考虑不相关因素（take into account irrelevant considerations）或不考虑相关因素（don't take into account relevant considerations）都是滥用行政自由裁量权的表现。[⑤] “相关因素是指与做出的行政

① 焦艳鹏：《生态文明视野下生态法益的刑事法律保护》，《法学评论》2013年第3期。
② 徐日丹：《查办破坏环境资源犯罪，检察机关破冰前行》，《检察日报》2014年5月8日第1版。
③ ［英］威廉·韦德：《行政法》，楚建译，中国大百科全书出版社1997年版，第69页。
④ 城仲模：《行政法之一般法律原则》，三民书局（台北）1994年版，第197页。
⑤ 罗豪才：《行政法学》，中国政法大学出版社1989年版，第43页。

自由裁量权决定之间的内在关系而言的，与行政自由裁量的各环节或要素之间有着某种合理的关联性。”[①]对一个行为是否提起刑事追诉，只应考虑与定罪处罚相关的因素，比如犯罪构成、是否有可裁量的情节等；而不应考虑与定罪处罚不相关的因素，比如舆情。如果刑事追诉裁量考虑的是不相关因素，实际上就是对罪刑法定原则的直接违背。当然，第一种情况所说的歧视性追诉也是一种考虑不相关因素的追诉，笔者之所以将其单独提出，是因为：歧视性追诉的目的是恶意的，是对某一群体基于歧视的不平等对待；而考虑其他不相关因素的目的并不是恶意的，当然也不是善意的，是一种“不得不”的状态，即“我也不愿意追诉，谁让你倒霉被媒体曝光了”。

第三种情况：百家企业都够罪，只追诉曾经对政府不利的企业。这是一种报复，在西方被称为“报复性追诉”（vindictive prosecution）。所谓报复性追诉是指刑事追诉者为了报复某一主体（人或组织）的合法行为、正义行为，而对该主体的其他非法行为，以法律授予的或者实际上拥有的自由裁量权为手段，并以法律的名义启动、使用相关程序或者滥用法律授权，使其处于不利地位的一种恶意行为。如果说歧视性追诉的出发点是“谁”犯了罪，考虑其他不相关因素的出发点是“发生了什么”，那么报复性追诉的出发点就是“曾经做过什么”。刑事追诉针对的是本次行为，是这次做了什么，而非以前做过什么（当然，刑法明确规定的情形除外，比如连续犯、惯犯）。如果本次追诉考虑的是行为人曾经对追诉者（或者对追诉有实际影响者）做过的不利行为，比如上访、举报、行政诉讼，那就是一种报复。

歧视性追诉、考虑其他不相关因素、报复性追诉，是中国环境犯罪选择性追诉的主要三种样态，这三种追诉的目的各异，但共同之处在于，追诉目的都不正当，都非善意。当前，由于我们处于的法治阶段的局限，中国刑事诉讼理论界只关注到对“出于正当目的而使用不正当手段”（比如为破获犯罪而刑讯）的规制，尚未关注到“出于不正当目的而使用正当手段”的问题。实际上，后者的危害更为严重，它是对公权力正当性源头的污染，是对国家正当性、合法性的侵蚀。上述三种选择性追诉的社会效应是极其可怕的。歧视性追诉告诉人们，不要到外地去做事，会受到欺负，会受到不平等对待，这与市场经济所要求的自由竞争完全背离，对以市场经济为基础的现代国家无疑是毁灭性的打击。考虑其他不相关因素的追诉告诉人们，你可以违法乃至于犯罪，只要你搞得定媒体（或其他因素），这形成的一定是贿赂记者进而出现大量不良记者肆意敲诈的恶风。最恶的还是报复性追诉，它是以正当程序为名，而行打击报复之实，被追诉者有苦难言，因为他确实够罪。这种追诉若不能规制，会对社会产生一种不良示范效应，即：只有“净手”可以主张正义，若人生有污点，就没有主张正义的资格。这是最为可怕的，长此以往，整个社会的正义观念将会被摧毁。

三、环境犯罪选择性追诉的抗辩必要性及域外经验

（一）建立环境犯罪选择性追诉抗辩的必要性——仅实体法尚不足以规范

无论打击报复、歧视还是考虑了不相关因素，从性质上看都是一种滥用职权，滥用了法律赋予刑事追诉者的自由裁量权。那么，刑事实体法是否可以或者足够对其进行规范了呢？检视中国刑法就会发现，用滥用职权定罪予以规范存在相当大的困难。最为困难之处在于，何为“滥用职权”，《刑法》第397条对罪状的描述直接使用了“滥用职权”（国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的），将本该明确的犯罪构成模糊化。刑法学界对此很快出现了巨大的分歧，直至1998年最高人民检察院颁布《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》（以下简称《检察院立案标准》），对滥用职权罪做出明确规定：“滥用职权罪是指国家机关工作人员超越职权，违法决定、处理其无权决定、处理的事项，或者违反规定处理公务，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。”据此，我们前文所列的三种情形，都只能勉强归类为“违反规定处理公

① 余凌云：《行政自由裁量论》，中国人民公安大学出版社2005年版，第100页。

务”。然而，违反什么规定？从《宪法》到各种法律、法规，并无任何一条规定“不得恶意行使自由裁量权”。更何况，实际上被提起刑事追诉的这些公司、个人也都确实涉嫌犯罪，所有的追诉行为在程序上、实体上都毫无可指责之处。这是其一。其二，中国刑法对滥用职权犯罪惩罚的是个人，并无单位犯罪。前述种种，做出裁量的都是刑事追诉机关，大多与个人利益无涉。当然，依据当前《刑法》也并非绝对无所作为，若确实能够证明追诉机关工作人员出于谋取不正当利益而实施以上行为的，部分情形可依枉法追诉罪定罪处罚，即徇私枉法、徇情枉法，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉（据《检察院立案标准》第二条第（四）项）。但这即便不是极少数情形的话，也存在一个法律逻辑上的问题，即：任何一种惩罚针对的都是某一行为本身，都“只能作为对不法的犯罪行为的反应而存在”，[①]而不能本来为了惩罚某一行为却转而惩罚犯罪人实施的另外一个行为。这样的惩罚逻辑，实际上是否定了行为对于犯罪成立的决定性意义，其出发点不是某人实施了某犯罪行为，而只是为了惩罚某特定的人，并不在乎他究竟实施了哪个犯罪。刑法的存在意义之一在于告诉人们哪些行为是禁止实施的，行为人实施了刑法所禁止的犯罪行为即会受到刑罚的惩罚。那么，枉法追诉罪惩罚的是徇私或徇情的不追诉行为，而不是出于某种不正当目的的追诉行为，并不能禁止公权力的不正当目的。因此，仅凭刑事实体法实际上是不足以规范选择性追诉的，程序上确立选择性追诉抗辩是必然的。

（二）域外的解决思路——通过司法审查

公权力应出于正当目的而为，这是一个不证自明的基本常识，是任何一个法治国家都需要秉承的基本原则。出于不正当目的的刑事追诉，是一种追诉裁量权的滥用。世界各国普遍通过司法审查来对此进行控制。需要特别说明的是，在大多数西方国家，包括刑事侦查、公诉在内的刑事追诉行为都被归类为行政行为，因此，对所有行政裁量权的司法控制也当然及于追诉裁量权。司法对行政自由裁量权审查的具体标准各国不尽相同，但无一例外都包括了不正当的目的。如英国的标准是：不符合法律规定的目的、不相关的考虑、不合理的决定；[②]美国的标准是：不正当的目的，错误的和不相干的原因，错误的法律或事实依据，遗忘了其他有关事项，不作为和迟延，背离了既定的判例和习惯；[③]日本的标准为：“重大事实误认、违反目的和动机（原文如此）、违反平等原则、违反比例原则、程序滥用。”[④]各国对于追诉裁量的司法审查，有两个途径：一是通过在审前建立预审制度以及类似的起诉审查制度（如日本的检察审查委员会制度），对起诉进行审查以决定是否公诉；二是在刑事审判过程中提起司法审查之诉讼，通过“审判之中的审判”的程序性裁判机制[⑤]来进行审查。前者主要针对证据是否充分问题进行审查，比如美国的预审听证和大陪审团主要“用以对检察官没有充分证据而提出指控的权力进行制约”[⑥]，其目的是“检察证据以决定起诉是正当的”。[⑦] 因此，对追诉裁量行为的目的性审查主要是通过第二个途径进行。需要特别说明的是，绝大多数国家对追诉裁量权的司法审查的主要目的在于控制“不起诉”，也即各国普遍更担心追诉机关滥用裁量权放纵犯罪，而不是“滥诉”。比如日本的检察审查会制度其主要出发点就是为“控告人、举报人、申请人等可以对检察官处分是否恰当进行商讨，并可以考虑采取向检察审查会提出审查申请这样的进一步措施”，[⑧]该制度往往被认为

① 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 292 页。
② 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 173—174 页。
③ ［美］伯纳德·施瓦茨：《行政法》，徐炳译，群众出版社 1986 年版，第 569—571 页。
④ ［日］盐野宏：《行政法》（中译本），杨建顺译，法律出版社 1999 年版，第 98—99 页。
⑤ 陈瑞华：《程序性制裁理论》，中国法制出版社 2005 年版，第 352 页。
⑥ ［美］爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，中国人民出版社 2009 年版，第 230 页。
⑦ ［美］爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，中国人民出版社 2009 年版，第 387 页。
⑧ ［日］松尾浩也：《刑事诉讼法（上）》，弘文堂 1999 年版，丁相顺译，中国人民大学出版社 2005 年版，第 142 页。

是对被害人进行救济的最后手段。[①] 缘何各国更为重视控制不起诉，而较少关注“滥诉”，原因比较复杂，容再文探究，在此不赘述。探讨在域外追诉裁量司法审查实践中，对“滥诉”的司法审查有明确的指向和切实努力的是美国。美国通过在刑事审判过程中建立基于宪法的两种抗辩实现审查：选择性追诉抗辩（selective prosecution claim）和报复性追诉抗辩（vindictive prosecution claim）。所谓“选择性追诉”，是指追诉者基于某种“恶意”或者偏见，有选择地对某个特定的对象进行追诉的行为。[②] 如前文所举案例第一、二种情况，只追诉外地企业或者被媒体曝光的企业。所谓“报复性追诉”，是追诉者为报复被追诉者的合法、正义行为，而对该主体的其他非法行为进行追诉的行为。如第三种情况，只追诉曾经对政府不利的企业。在美国建立的抗辩中，被追诉者可在刑事审判中向法官提出选择性追诉或报复性追诉抗辩，若法官认定选择性追诉或报复性追诉成立，则抗辩成立，追诉行为会被认定违宪而被撤销。认定违宪的依据，对于选择性追诉乃基于违反联邦宪法之平等保护条款；对于报复性追诉则基于违反联邦宪法之正当程序条款。[③]

四、环境犯罪选择性追诉规制之司法审查的现实困扰

依权力制衡的基本逻辑，由中立的司法机构对“滥诉”进行公正无偏私的审查似乎是最佳解决途径。然而司法审查亦存在诸多困扰：

第一，目的性审查本身在域外的实施也障碍重重。

无论是选择性追诉抗辩，还是报复性追诉抗辩，抗辩申请人面临的最大难题都在于如何证明追诉的“选择性”或者“报复性”这一恶意目的的存在，也即法院将证明追诉机关恶意追诉的举证责任分配给了申请人。这对于申请人而言几乎是不可能实现的任务，有可能存在证据的追诉材料都掌握在检察官办公室手中，而如果要申请证据披露则必须证明选择性或者报复性的存在，这本身即是证据披露所需要解决的问题。[④] 实际上，这些技术上的抗辩障碍都只是表面，背后的原因在于美国的司法并不愿意过深地介入对追诉裁量权的控制。检察官拥有自由的权力来决定是否侦查、是否同意豁免或接收辩诉交易，以及决定是否起诉、以何罪名起诉、什么时候起诉、在何处起诉。[⑤] 法院担心建立一个对起诉决定的正式（日常）审查程序会给本已不堪重负的执法系统施加更大的压力。[⑥] 司法机关的这种倾向在日本也几乎如出一辙，面对审判中辩护人提出的起诉具有镇压的意图和不平等性的主张，法院给出了两种反应：完全不予采纳或者虽在理论上认可但以缺乏事实前提为由不予采纳。[⑦] 这就造成了在美国和日本，关于“滥诉”的司法审查名存实亡，“滥诉”抗辩成功的判例极其罕见。

第二，司法审查在中国基础薄弱。

首先，刑事追诉目的正当性审查欠缺必要的法律依据。司法是否可以审查刑事追诉行为的目的性，以及审查的依据何在，是司法审查首先要解决的问题。在那些明确赋予司法目的性审查的国家，其依据大多被上升到了宪法的高度。如前文所述，美国依联邦宪法之“正当法律程序”条款和“平等保护”条款。英国则通过宪法判例明确，“如果议会授予一项权力给政府部门为某一许可的目的行使，那么当权力被该部门诚实行使为了其主要目的时才是有效的。如果该目的不是主要目的而是从属于不被法律认可的某些其他目的，那么该部门就超出了权力行使范围，其行为就是

① 丁相顺：《日本检察审查会制度的理念、实施与改革》，《国家检察官学院学报》2005 年第 3 期。

② 赵旭光、李红枫：《美国选择性起诉抗辩的证明困境及原因》，《证据科学》2012 年第 5 期。

③ [美]约书亚·德雷斯勒、艾伦. C. 迈克尔斯：《美国刑事诉讼法精解（第二卷·刑事审判）》，魏晓娜译，北京大学出版社 2009 年版，第 119—121 页。

④ 赵旭光：《美国刑事诉讼中基于种族歧视的追诉》，《河北法学》2013 年第 2 期。

⑤ James A. Bell Ⅳ, Todd Richman, *Twenty - fifth Annual Review of Criminal Procedure*: Ⅱ. *Prelininary Proceedings*, 84 Geo. l. j ,1996, P. 887.

⑥ United States v. Redondo - Lemos, 955 F. 2d 1296, 1299 (9th Cir. 1992).

⑦ [日]松尾浩也：《刑事诉讼法（上）》，弘文堂 1999 年版，丁相顺译，中国人民大学出版社 2005 年版，第 175 页。

无效的”。[①]在大陆法系的法国和德国，行政法院都有对包括侦查、起诉在内的行政裁量行为进行合目的性审查的权力[②]。此外，在德国，相对人还可以以宪法权利受到侵犯为由向联邦宪法法院提起宪法诉愿的权利，并且在现实中也出现了针对选择性行政行为而提起的宪法诉愿[③]。在中国，不惟宪法诉讼尚未建立，由于中国《行政诉讼法》一直将包括侦查、公诉在内的刑事司法行为排除在外，这些行为的可诉性问题也还没有得到解决。至于目的性审查，虽然行政法学者多有论述，但目前在行政诉讼中并未明确确立，因为《行政诉讼法》第5条表述得非常清楚，行政案件乃是“对行政行为是否合法进行审查”，亦即非合目的性行为只有明确违法（违宪还不算在内）的情况下方可诉。

其次，中国《刑事诉讼法》及其他法律中“判中判”的程序性审查机制并未成功构建。前已述及，由于单独针对刑事司法行为的诉讼在中国尚不存在，学者们转而寻求变通式的“判中判”来解决可诉性问题。所谓“判中判”是指法庭在审判被告人刑事责任问题的过程中，遇有控辩双方提出某一程序性申请或争议的场合，暂时停止原已启动的刑事审判程序，而专门就有关程序性事项加以审理和裁判的程序。[④] 此种特别程序具有不同于本来之诉讼的特点，其原被告可能完全发生了转换，其证据和举证规则、听审程序与旨在解决实体事实问题之原诉亦有着根本不同。因此，必须在刑事诉讼法中加以明确、细致的规定，否则即会出现适用中无所适从甚至被异化的危险。2007年“两个证据规定”以及2012年刑事诉讼法的修改所确立的对非法证据排除的规定，被学者们认为是一种程序性裁判机制，[⑤]但该规则既不能中止实体审理程序，也对实体的审理结果几乎毫无影响，[⑥]同时在审理时机、裁决时机等关键性程序问题上含混不清，[⑦]造成非法证据排除规则的实践冷清，几近成为一条“死”规则。[⑧] 因此这种尝试几乎已经被宣告是失败的。

五、中国的解决之道
——根本之策与变通之道

无论是选择性追诉还是报复性追诉，其根本都是宪法问题，“法律面前人人平等”，任何组织和个人只要涉嫌违法犯罪，都应平等地受到法律惩罚，绝不能因民族、种族、性别、地域、行为、利益等因素考量而区别对待，如果出现了开篇我们提到的那种环境领域的选择性追诉问题，即违反了“人人平等”的宪法原则，应认定为违宪而相关追诉无效即可撤销。那么，解决问题的根本之策就在于在体制上建立违宪审查之诉，实现宪法的可诉。当然，仅宪法可诉仍然不够，刑事侦查与公诉的可诉性也是无法绕开的题目。刑事侦查与公诉行为在行政诉讼中的可诉，几乎已是各国的通例。现代社会的权利救济以司法救济为核心，而司法救济则以行为的可诉性为前提。[⑨] 一个法治国家，应不存在不受司法审查之公权力，应该不存在不可诉之公权力行为。因此在行政诉讼中建立对侦查行为、公诉行为的审查机制，审查的依据应为是否合乎法律的正当目的（而不仅仅是违法），若对裁判不服可依据宪法之“人人平等”条款提起违宪审查之诉（这有赖于宪法法院的建立），此为根本之策。当然，这些问题，学者们研究有年，但立法上、体制上至今仍未有破冰之举，足见难度之大、牵涉之广。那么，我们亦可以变通，徐徐解决。

变通之道仍然有赖于“判中判”的完善，如前文所述，在刑事诉讼中以“非法证据排除规则”为标志，已经有了“判中判”的开局，但仍然存在很

① Earl Fitzwilliams Wentworth Estates Co Ltd. V. Minister of Town and Country Planning[1951]2K. B. 284, at 307. 转引自童建华：《英国违宪审查》，中国政法大学出版社2011年版，第211页。

② 章剑生：《现代行政法基本理论》，法律出版社2008年版，第22页。

③ 汤葆青：《论德国的人权司法保障——基于向联邦宪法法院提起的宪法诉愿》，《学术交流》2015年第2期。

④ 陈瑞华：《程序性制裁理论》，中国法制出版社2005年版，第346页。

⑤ 陈瑞华：《非法证据排除规则的中国模式》，《中国法学》2010年第6期。

⑥ 左卫民：《“热”与“冷”：非法证据排除规则适用的实证研究》，《法商研究》2015年第3期。

⑦ 王树茂：《非法证据排除规则的司法适用辨析》，《政治与法律》2015年第7期。

⑧ 左卫民：《“热”与“冷”：非法证据排除规则适用的实证研究》，《法商研究》2015年第3期。

⑨ 王天林：《论侦查行为的可诉性》，《政法论坛》2013年第4期。

多问题。“判中判”实际上是在诉讼中实现对刑事追诉行为的司法审查，那么未来的“判中判”势必不能仅仅局限于对“非法取证”这一个行为之审查，任何刑事追诉机关的公权力行为都应纳入审查之内，其机制即为程序性抗辩。所谓程序性抗辩，即指当事人非因实体性事项，而因程序性事项的违法提出的抗辩，抗辩成立则法院以裁定认定程序违法，进而导致程序无效。在判例法国家，如美国，何种事项可以提起抗辩，抗辩的理由和裁判标准等问题，都是通过判例形成，比如本文所涉及之“报复性起诉抗辩”、“选择性起诉抗辩”。中国属成文法国家，程序性抗辩可通过发布司法解释的方式建立，实际上“非法证据排除”即是一种两高通过司法解决确立的一种抗辩。因此，通过司法解决建立中国的“选择性追诉抗辩”应当是第一步。接下来的任务就是解决目前的“非法证据排除判中判”存在的导致其现实失效的问题。如前文所述，学者们对“非法证据排除规则”的中国问题已经进行了梳理，在笔者看来，核心的问题是需要解决“判中判”的诉讼特征，也即“判中判”应当作为一个正常的程序性违法事项的相对独立的审理程序来对待，而不应被设计成为一种混同在案件审理程序中的一个特别部分。目前的“判中判”是欠缺诉讼的本质特征的，最明显的欠缺就是缺乏救济途径。当事人及其辩护人、诉讼代理人提出非法证据排除的申请之后，对人民法院的整个审查过程和最终的调查结论，全无救济手段。刑事诉讼法及相关司法解释对这种“判中判”并未确立一种正式的诉讼程序，因此也并无相应的裁判文书（只将其称为“调查结论”），也没有独立的上诉途径。这就导致了法官对“判中判”冷漠对待，甚至“不希望被告方提出非法证据排除申请”①，同时也导致二审程序的审理仍旧程序、实体混成一团。那么，在设计包含所有程序性违法事项审查的“判中判”程序时，就必须将其相对独立的诉讼特征体现出来，赋予申请人以救济的权力。“判中判”缺乏诉讼的特征之另外一个核心问题在于其不能独立于案件审理程序，依刑事诉讼法及相关司法解释，非法证据排除在庭审中提出的，“根据具体情况，可以在当事人及其辩护人、诉讼代理人提出排除非法证据的申请后进行，也可以在法庭调查结束前一并进行”（最高院《刑诉法解释》第100条第2款），这就导致了实体审理与程序审理混为一团，要知道程序事项的审理结论是可能导致实体审理的依据无效的，那么这种混同就极不合理了。

因此，在程序性裁判程序中应明确规定：第一，程序性事项审查一旦受理，案件的审理程序即宣告中止，等待程序性裁判做出后再进行；第二，法院应以裁定的方式作出程序性裁判，该裁定可以上诉，在上诉审理期间，案件审理程序中止。

六、结语——回到环境犯罪追诉

虽然目的性审查在任何一个国家都客观存在诸多障碍，但也并不能因此拒绝进行相关努力，如果说人类社会法治的进程就是要克服一个又一个障碍从而实现对公权力滥用的预防和规制的话，那么非合目的的权力滥用是这个伟大进程必须要征服的最大恶魔。选择性追诉的存在源于刑事追诉自由裁量，因此，理论上所有的刑事追诉领域都存在，但环境犯罪领域可能尤为严重，因为环境犯罪领域牵涉利益纠葛复杂（尤其是地方政府的经济发展利益），很多案件并没有明确的受害人，同时又涉及复杂的生物、化学等专业问题，追诉裁量被滥用的可能性就更大。为了解决地方的掣肘，环保部于2016年初启动了省以下环保机构检测监察执法垂直管理的试点工作，从诉讼外对环境执法行政裁量权的滥用进行制约。在程序内实现对环境犯罪刑事追诉裁量权的规制就更为迫切了，若本文设计的程序性审查程序能够建立，那么前文案例中三种情况下被追诉之企业即可在刑事审判程序中提出“选择性追诉抗辩”，若抗辩成立，则追诉即被撤销。在这种机制下，宪法之“法律面前人人平等”原则才能够得到贯彻，中国的市场经济才能更加健康。

（责任编辑：新中）

① 左卫民：《“热”与“冷”：非法证据排除规则适用的实证研究》，《法商研究》2015年第3期。