

doi: 10.3969/j.issn.1007-6522.2014.01.006

# “补正”与“矫正”： 刑事再审制度功能再探 ——兼论我国《刑事诉讼法》的修改

初殿清

(北京航空航天大学 法学院 北京 100191)

**摘要：**以终局裁判为逻辑前提的刑事再审制度，其正统性来自两方面：一是原来的程序运行本身出现了重大瑕疵；二是原程序尽管已经按照相关规则进行并完成，但其制度功能由于某种原因未能实现，并且触犯了其他重要价值。据此，刑事再审的制度功能可以从形式理性理论和程序规律角度区分为修复原程序运行瑕疵的“补正”以及帮助原程序功能复位的“矫正”。以“补正”和“矫正”的分类视角重新检视刑事再审的制度定位问题，有助于正确设计和解读刑事再审的具体制度，尤其是再审的启动制度。为了应对刑事再审实践困境，一方面需要从程序规律的分类研究视角将刑事再审启动事由加以整合和清理，另一方面也需要强化作为再审逻辑前提的原程序的制度建设。

**关键词：**刑事再审；功能；补正；矫正

**中图分类号：**DF61      **文献标志码：**A      **文章编号：**1007-6522(2014)01-0054-13

在刑事诉讼活动的诸多程序环节中，再审程序并非必经，但却必设。既然程序在结构上以结果的确定性、效果的终局性以及系统的闭合性为其基本要素的组成内容，缘何可以通过在原程序之外重启新程序的方式复审案件，为何给予诉讼参与者可以重开程序、推翻裁判的心理期待？从20世纪伊始的刘涌案，到不久之前我们刚刚经历过的李昌奎案，刑事再审扮演着怎样的制度角色，在经历

了2012年《刑事诉讼法》再次修改之后，刑事再审在未来的刑事司法之中又将会扮演什么角色，这些角色定位与刑事再审程序的应然功能是否一致？本文尝试从刑事再审程序的制度原理角度，对相关问题作一分析。

## 一、刑事再审的正统性及其性质

### (一) 终局裁判：再审存在的逻辑前提

刑事再审是法院对已获得生效裁判的刑

收稿日期：2012-10-07

作者简介：初殿清(1980-)，女，辽宁大连人。北京航空航天大学法学院讲师，法学博士，主要从事刑事诉讼法学、证据法学研究。

事案件重开审判的司法制度,在性质上是一种复审制度,是以某一已经发生且完成的审判为其逻辑前提的法学范畴。值得强调的是,与同样具有复审性质的“二审”不同,再审不是存在于原审判程序之中的复审制度,而是在其之外;不是对某一审判阶段的再次审查,而是对已经产生生效裁判的整个审判活动的重新考虑。在程序结构和逻辑关系上,原审判程序的最终闭合以及裁判的最终生效是获得再审可能的钥匙。

如此看来,刑事再审活动是围绕着一个已经存在的确定的司法结果而展开的。“结果”被认为是现代程序的基本要素之一。在诉讼法的特定语境下,“结果”指程序中产生的根据事实和正当理由作出的最终决定。<sup>[1]33</sup>形成确定的结果之所以会成为程序的基本构成要素,是因为“止争”是一项重要的程序内在价值。如贝勒斯(Bayles)所言:“如果人们诉诸法律程序来解决争端,那么争端必须能够在某一程序环节上最终解决,否则求助于法律程序便毫无意义。”<sup>[2]</sup>程序之中必须包含一个最终的决定性环节来解决问题。<sup>①</sup>关于事实和法律问题的辩争可以永无止境,在立法技术上,帮助程序形成最终结果的制度设计包括审级设置以及上(抗)诉时限<sup>②</sup>的限定。一般来讲,终审是审判程序系统的闭合环节,案件一经终审裁判,便尘埃落定,结束了它的程序之旅。这是程序结构属性的要求,也是程序功能的最终体现。无

法闭合的程序在形式上是残缺的,在实体上是没有效用的。与程序形式上的不可逆性、可闭合性和终局性相对应的是程序结果(裁判)上的既判力。终局性体现出程序是一个有其终端的闭合系统,这是程序作为一种“观念的构成物”而产生的,因为具体案件的司法处理是“法的空间”的形成过程,并以此区别于现实的生活空间,对于各种诉讼类型而言都是如此。在这一过程中,程序的逐渐展开以获得具有既判力的决定为目标,且具有强烈的不可逆性质。<sup>[3]</sup>

## (二) 刑事再审制度的正统性

既然“一组程序活动只能作一次性的决定”,<sup>[4]42</sup>为什么各个国家或地区的刑事诉讼中又设置了再审或类似的制度?至少就表面看来,无论再审结果与原审结果相同或相异,再审之启动本身就是对原程序及其所获结果的质疑,是对原程序终局性和原裁判既判力的反对。在公众对程序终局性和生效裁判既判力普遍认可的现代法治社会中,再审程序的正统性是有待论证的。

“正统性(legitimacy)”是法哲学领域中的概念,指“对于法律的妥当性、约束力及其基础价值的普遍确信”,<sup>[4]117</sup>它意味着一种心理服从状态。韦伯认为,尽管公民个体所持有的准则、价值和信念有时会有所不同,但他们的行为会依循那些他们认为被其他大多数人普遍接受的规则或信念,这些获得普遍认可的规则或信念就构成了具有正统性的社会

<sup>①</sup>拉德布鲁赫认为,“在任何一个法的争论中,总要有一个是最终的结论,哪怕这一结论是不切实际的”。详见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫的《法律智慧警句集》,舒国滢译。中国法制出版社,2001年第17页。

<sup>②</sup>上(抗)诉时限的限定是帮助程序形成最终结果的重要制度设计。未在法定上(抗)诉时限内提出上诉请求的,视为放弃上诉权。除死刑案件等需要核准的特殊案件外,一审裁判在上诉期满后即成为生效裁判。

秩序。<sup>①</sup>有些文献将正统性又表述为合法性,然而,对合法性可以有不同理解。任何规定在法律之中的规则或程序都具有合法性,但显然,正统性所关注的不是这种事实层面的合法性,而是追问这种规则(或程序)存在的道德合理性或规律符合性。它除了指该规则或程序客观上被人们所接受外,还必然在价值判断上是正当的。<sup>[5]</sup>

相应地,再审制度的正统性是指人们对再审活动的妥当性以及基础价值的普遍接受和认可。当程序终局性和生效裁判既判力在社会之中获得其正统性之后,在一定意义上反对和否定上述两者的“再审制度”应当如何获得正统性呢?多数学者认为,再审程序之所以可以启动,是因为终局裁判结果受到了来自实体正义或人权保障的质疑和挑战。<sup>[6]</sup>笔者认为,以终局裁判为逻辑前提的再审制度,其正统性应当在终局裁判以及获得该裁判的程序的不足之中加以找寻。从这一角度入手,再审程序的正统性来自以下两个方面:一是原来的程序中出现了不符合既定规则(包括事实认定、法律适用、程序步骤方式等)的行为或现象,使得原程序运行本身出现了重大瑕疵;二是原来的程序尽管已经按照相关规则进行并完成,但其程序功能由于某种原因未能实现,并且触犯了其他重要价值。对再审制度正统性的来源加以类型化的分析路径是非常重要的,这在本文第二部分结合形式理性理论对再审理由所做分析

中会得到突出体现。

### (三) 刑事再审的性质:非常救济

尽管刑事再审制度可以在原终局裁判以及获得该裁判之程序的不足之中为其正统性找到依据和论证,但刑事再审却不是一项存在于审级制度之内的普通复审制度,而是在各国法律体系中均被限定为一种“非常救济程序”或“特别救济程序”。学界对这一程序的定位是“在绝大多数情况下,应当备而不用”。<sup>[7]</sup>

“非常”的属性归因于再审逻辑前提(终局裁判)不可轻易撼动的状态。与此种属性相对应的制度设计通常包括两个方面的法律规范:一是设计确定终局裁判之既判力的原则或规则,比如“一事不再理”原则、“禁止双重危险”规则;二是为特殊情况下开启再审程序设计严格的启动理由,比如原程序中的证据存在伪造等重大问题,审判法官实施了违反职责的犯罪行为,出现重要的新证据,等等。

再审制度的“非常救济程序”属性在国际刑事司法准则的发展过程中有较为明显的体现。众所周知,《公民权利和政治权利国际公约》(下称《两权公约》)是集中体现国际刑事司法准则的国际文件,其第14条是关于公正审判的国际标准。在2007年联合国人权事务委员会发布第32号一般性意见之前,通常认为该条之中没有关于再审制度的直接规定,此条的第5款被理解为关于上诉制度

<sup>①</sup>多恩布施(Dornbusch)和斯科特(Scott)对韦伯的观念加以阐释,并对正统性理论产生了较大影响。他们将韦伯笔下的正统性界分为“有效性”(validity)和“正当性”(propriety)两个层面:行为人遵循社会秩序中的某些准则和程序,尽管其自身并不赞同,那么这些准则和程序是“有效的”;行为人遵循社会秩序中的某些准则和程序,并认为它们是可欲的、恰当的行为模式,那么这些准则和程序是“正当的”。Cathryn Johnson, Timothy J. Dowd & Cecilia L. Ridgeway, "Legitimacy as a Social Process", *Annual Review of Sociology*, 2006 (32): 55。

的规定,而第7款强调的是终局确定罪行有无后不得再次启动审判或惩罚(一罪不二审),至少表面看来没有给再审制度留下空间,以至于有些缔约国认为对此必须持保留意见。<sup>①</sup>2007年的第32号一般性意见取代了此前用于解释该条文的第13号一般性意见,至此,再审制度正式出现在国际刑事司法准则的话语之中。根据人权事务委员会在第32号意见中的新解释,《两权公约》第14条第5款“凡被判定有罪者,应有权由一个较高级法庭对其定罪及刑罚依法进行复审”是对被定罪者复审制度的全面规定,而非限于上诉制度。第32号一般性意见第47段指出,违反第14条第5款的情况不仅包括一审终审的情况,而且还包括下级法院宣布无罪后,上诉法院或终审法院又做出定罪判决,此时,另一较高级别的法院不能根据国内法对该定罪判决进行复审的情况。<sup>②</sup>更为直接地涉及再审问题的解释体现在第32号一般性意见第56段中:“如果较高一级法庭推翻一项定罪并下令重审,也不会违反第14条第7款规定的禁止。另外,这项规定不禁止特殊情况允许的重新进行刑事审判;例如,发现了判处无罪时无法提供或不了解的证据。”<sup>③</sup>这便直接回应了缔约国对第14条第7款的顾虑。国际刑事司法准则是对刑事诉讼基本原则和规则所作的一般性规定,再审制度在国际准则体系中从无到有的过程,体现出其在复审体系和救济制度中的“非常性”。

①为此,人权事务委员会专门在第13号意见中作了解释和辨别,以期获得更多缔约国的支持。见CCPR/C/GC/13, sec. 19 (1984)。

②见CCPR/C/GC/32, sec. 47 (2007)。此外,第32号一般性意见第50段认为,“只适用于已经开始执行判决的复审制度,不符合第14条第5款的规定”。见CCPR/C/GC/32, sec. 50 (2007)。这也间接体现出第14条第5款之中的“复审”所讨论的范围已经包括再审制度在内。

③CCPR/C/GC/32, sec. 56 (2007)。

④这里,前一个“形式”指法律本身,后一个“形式”指与权利义务等实体内容相对应的程序。

## 二、“补正”抑或“矫正”:形式理性视域下的价值博弈与制度设计

### (一)形式理性与刑事再审制度的关系

法律秩序是一种形式规则体系。关于法学研究视野下的“形式”(formality),在不同层面上可以有若干种解读,其中与本文论题密切相关的有如下两方面的含义:一是相对于社会条件、经济条件、道德伦理、权力政治等被认为是社会生活的内容,“形式”一词被用于指称法律本身,亦即将法律理解为社会生活的形式;<sup>[8]63</sup>二是相对于实体法上的权利义务等实体内容,人们常常称程序为法律的形式。<sup>[1]36</sup>

法学研究领域中的形式问题,被认为是现代法治历史上压倒一切和包容一切的问题;<sup>[9]351-398</sup>法律形式合理化被认为是法治现代化的判断标准之一。韦伯是形式理性相关理论的集大成者,该理论强调法律的独立与自治,认为法律秩序的形式理性立基于法律原则与非法律原则(指意识形态体系的原则,如宗教、道德、政治领域的原则)之间的界分。<sup>[8]61-64</sup>程序法对于建立法治的作用更是不言而喻,它是“形式的形式”,<sup>④</sup>“如同桅杆顶尖,对船身最轻微的运动也会做出强烈的摆动”。<sup>[10]</sup>在整套程序法律体系中,程序结果的确定性是法律形式化的重要标志之一,因为“实施某种具有确定性意义的象征性行为,意味着最严格类型的法律形式主义”,<sup>[8]63</sup>法的确定性和权威性是

形式理性关注的重要方面。在这一意义上,形式理性的命题与既判力的相关研究存在着天然的联系。那么,某种程度上站在既判力和终局性反面的再审制度是否与形式理性无涉甚或立场相左呢?回答是否定的。不仅如此,有必要指出的是,清楚地分析和理顺刑事再审制度与形式理性之间的关系,是正确定位刑事再审制度功能并进行相关规则设计的不二法门。

具体来讲,刑事再审制度至少在两个层面上与形式理性产生关联:其一,形式理性要求法律本身是“理性的”,其内涵之一便是法律必须实际或真正地构成一个“没有漏洞”的法律命题体系,或至少能被看作是这样一个体系。<sup>[8]64</sup>据此,法应当具有严密性、系统性、内部自治性,<sup>①[11]</sup>对于实施法律过程中出现的错误或矛盾应当有相应的制度加以解决。程序法当然亦不例外,真正自治的程序需要有自我反思的能力,从而成为一个有机的系统。这是救济程序成为程序法组成部分的重要理由。救济程序在性质上是程序的自我反思,没有救济程序的程序设计是缺乏严密性和系统性的,无法实现规则内部的自治和完整。在刑事诉讼活动的一般性程序之后设计了用于后备反思的非常救济程序,来修复程序实施中发生的错误或缓解形式与实体之间的紧张关系,这本身便是形式理性理论中理性的重要体现。其二,形式理性反对在处理法律问题时将法律之外的原则用作标准或依据。据此,作为一种法律制度和法定程序的刑事再审,其对原程序和原裁判结果的反思(包括刑事再审的启动和具体展开)仍然是在程序法体系内进行的。刑事再审的启动理由、程序要求以及再次形成裁判的依据

都应当是“形式化的”(亦即“法律意义上的”),而不能是政治的、道德的或宗教的。

我国传统上习惯于把刑事再审的制度功能划分为纠正认定事实上的错误、纠正适用法律上的错误、纠正诉讼程序错误等。这种划分和描述仅仅是表层现象意义上的,未能从根本上体现刑事再审在整个程序体系下的性质和定位,亦未能体现刑事再审制度在形式理性这一法治视野下得以存在的应当性。根据上文中对形式理性和刑事再审之间关系的第一个层面的理解,刑事再审的制度功能包括两个方面:一是原程序没有依法实施(包括事实认定、法律适用、步骤方式等一系列囊括于诉讼程序大语境之下的活动),发生了重大错误,需要通过再审加以修复;二是原程序依法实施,但后来发现原裁判结果与实际情况相左,原程序在其外在功能(实现实体公正)的层面上未能有效发挥应有作用(罗尔斯认为刑事审判属于“不完善的程序正义”,其所言“不完善”指涉的正是这种情况),并且触犯了重大利益或价值,因而不得不通过再审来调整这种立法意图之外的失衡状态。我们不妨将前一功能称为“补正”,把后一功能称为“矫正”。

## (二) 刑事再审制度功能之“补正”

在现代法治所赞赏的形式理性观念之下,在事先制定好的一般性规则基础上做出的终局决定具有确定效力和权威性,而无需接受来自大众道德、伦理、宗教或政治观点的拷问。这里,一个隐含的前提是“事先制定好的一般性规则”得到了良好的遵循。既定的规则——无论在制度设计上如何接近完美——在实施过程中都有不被遵循的可能。如果在违背规则的情况下获得的决定结果仍

①也有学者将之称为“法律规范内部的完整和谐性”。

能保有其确定效力和权威性,这本身便是对形式理性和法治的反对,因为这样的状况会鼓励人们不必再遵守规则。因此,具备反思理性的诉讼程序往往会在设计时留下修复实施瑕疵的空间,但这种修复仅仅是形式层面的(即,对没有遵循既有规则的行为加以修复),而不是实质层面的(即,不考虑“遵循了规则,但在实质上仍然不公正”的情况)。由于此种修复对原有规则并未突破,只是将背离轨道之处复位,所以基于这一目的进行的再审,其在制度功能上可称为“补正”。

考虑到“补正”在一定程度上对既判力和诉讼效率产生影响,而不能一概为之,制度的设计者往往会对应应当通过再审予以“补正”的情形加以限定,通常针对的是较为严重的违反规则的情况。一般来讲,“补正”功能在刑事再审制度中的具体体现可以归纳为如下几个方面:

首先,事实认定的相关规则没有得到遵守,通过再审程序加以补正。主要表现为原程序中采用的证据的真实性或合法性受到质疑,比如虚假的证据或非法取得的证据;或者主要证据之间存在矛盾。当再审的对象仅限于有罪判决时,上述方面实际是有关证明标准的问题,即,原程序中据以认定事实的证据效果总和尚未达到证明标准。具体又体现为,证据锁链上某一证据的真实性或合法性受到质疑而导致锁链断开,比如原程序中据以认定事实的证据中存在虚假证据,或者存在应当依法排除的证据;或者证据锁链本身尚未闭合,亦即证据尚不充分或主要证据之间存在矛盾。

其次,适用法律的相关规则没有得到遵守,通过再审程序加以补正。这是比较难以把握的,因为法律的适用并不总是指向唯一的结果,有时存在见仁见智的问题,在量刑问

题上尤其如此。如果法律适用情况在合理自由裁量的范围之内,就没有违背形式理性的精神,亦没有为此重新开启程序的正当性。因此,在有些国家和地区,修复适用法律上的问题并没有被包含于刑事再审的制度功能目的之中,或者,通过其他制度加以规范,而不将之置于狭义的再审制度之中。

最后,诉讼程序规则没有得到遵守,通过再审程序加以补正。对诉讼程序重要规则的违反有时也需要通过再审程序加以修复,但基于对诉讼效率和裁判既判力的考虑,较小的程序瑕疵通常不会成为再审的修复对象。需通过再审加以修复的往往是那些影响公正审判的程序瑕疵;此外,因为原程序采用了非法证据而开启的再审,在一定程度上也可以认为是在此理念上进行的制度设计。

### (三) 刑事再审制度功能之“矫正”

法的形式理性存在于探寻实质理性结果的尝试之中,亦即,在立法上设计包含有实质理性追求的规则,通过严格遵守这些规则来实现其中的实质理性内涵,而不是直接通过某些实质性的标准(如大众道德伦理或者大众对案件事实直觉上的正义等)来获得结果。<sup>[9]358</sup>尽管如此,司法实践中还是会遭遇来自实质性标准的难题,比如虽然原程序的实施完全符合规则要求,但随后新出现的证据表明原程序对案件事实的认定实际上是错误的。这是刑事诉讼活动自身性质所衍生的,如上文已经提及的,罗尔斯认为刑事审判能够提供的是一种“不完善的程序正义”,“即便法律被仔细地遵循,过程被公正恰当地引导,还是有可能达到错误的结果”,“不正义并非来自人的过错,而是因为某些情况的偶然结合挫败了法律规范的目的”。<sup>[12]</sup>

无论如何,即便有形式理性的理念为其背书,刑事诉讼程序不可能彻底断绝其与实

体正义之间的关联。如果公平完全屈从于规则的逻辑,如果一项完全遵循程序获得的结果即便显然与公平相悖也必须是有效的,那么官方法律程序规则与老百姓的正义感之间差距就会增大。在后者眼中,相关程序规则就会失去自身的可理解性和正统性。人们会觉得,“法律或是权贵们运用的魔术箱,或是随意地落在正人君子或邪恶小人身上的一系列劈雷而已”。<sup>[13]</sup>因此,“程序设计要考虑实践理性或机会理性,要为实质正义留有调整的余地”。<sup>[4]154</sup>

在刑事再审制度功能的设定中,往往包含着一定情况下吸纳“新证据”的倾向。“新证据”是原来程序中不存在的因素,源自既有程序之外。此时,启动再审的原因并非为了修复原程序中未遵循相关规则的部分(因为在原程序中规则已经得到了很好的遵守),而是有明显的情况表明原程序设计在某一具体个案中出现了探寻实体正义上的失误。在实体正义和法律形式化的博弈之下,再审的启动意味着实体正义在这一特殊情况下的胜出。此时再审制度的功能所反映的是极为特殊情况下实体正义对法律形式化的“矫正”。这种“矫正”本身一定程度上是对形式理性的反对,其正统性往往安身于被矫正的原终局裁判触犯了其他重大价值(比如将无罪之人错误定罪),否则不得轻易启动。换言之,形式理性理论在法治社会中的重要位置要求对发挥“矫正”功能的刑事再审加以限制,亦即,对以“新证据”为事由而提起的再审要严格限制。同时应当认识到,此时的再审虽然是对原程序效果的否定,但仍然在预设的法定程序和规则框架下开展,而非通过法律之外的程序和规则(比如道德或政治领域的相关标准)加以解决,可以认为是在更大语境下的形式理性所辖范畴之内,因

而仍然具备现代法治的特征。

### 三、刑事再审功能定位的比较法考察 ——兼析 2012 年《刑事诉讼法》第 242 条

本文在对部分国家刑事再审启动条件以及国际准则的相关规定加以考察的基础上,从“补正”与“矫正”的角度对外国和国际文件中刑事再审制度功能定位加以分析,根据现实中的立法例来研习刑事再审制度功能应当如何定位,并对我国 2012 年《刑事诉讼法》第 242 条的修改作一剖析。

#### (一) 外国刑事再审制度的启动条件与制度功能

启动条件是观察刑事再审制度功能的重要视角,因为启动条件集中反映了再审的制度目的,体现出再审制度功能设计的价值取向。当今各国的刑事再审程序大多兼有“补正”和“矫正”的制度设计。其中,“补正”功能中尤为普遍的是事实认定错误的修复,而以诉讼程序错误和实体法适用错误为修复对象则相对较少(在有些国家甚至没有相关制度)。“矫正”功能尽管在一定意义上是对形式理性的反对,但在某些涉及重大利益的情形下,又是必不可缺的,所以各国往往亦有相关制度设计,但基本严格限定于有利于被定罪人的条件之下。

通过再审制度对原程序在事实认定上的错误加以修复的立法例最为常见。《法国刑事诉讼法典》第 622 条中规定的启动事由中包括“杀人案件的被害人仍然活着”,“因同一犯罪事实对另一被告人做出了新的判决,新旧两判之间的矛盾构成其中一人无罪的证据”以及“证人因伪证罪获刑”。<sup>[14]</sup>《德国刑事诉讼法典》中的刑事再审集中指向事实认定上的错误,没有关于适用实体法错误的再审。其第 359 条和第 362 条分别规定了“有利于被

定罪人的再审”和“对被告人不利的再审”两种再审的启动事由都涉及了“伪造的证据”和“证人作伪证”,<sup>[15]</sup>属于原程序在事实认定上出现的错误。在英国,如果获得无罪裁判的原程序存在干扰或恐吓证人使其作伪证等妨害司法的瑕疵,则可以重新审判。<sup>[16]</sup>

通过再审制度对原程序在诉讼程序和实体法适用的错误加以修复的立法例相对少一些。在法国,广义上的刑事再审程序包括“因法律上的错误向最高司法法院提起的上诉”和“再审(狭义)”。前者是针对终局裁判在法律适用上的错误而提起的(第567条),虽然称为“上诉”,但因为对象是生效的终局裁判,所以性质上属于我们所说的再审,其所修复的对象既包括适用实体法的错误,也包括诉讼程序中的违法情形,比如法庭人员组成、管辖权等方面的错误。<sup>[17]</sup>就修复实体法适用错误而言,日本有相似的“非常上告”制度,英国的“检察长提示”也属此类。原则上新判的效力不涉及原程序被告人。

以“矫正”为功能目的的设计在各国刑事再审体系中基本都有所体现,其具有典型性的关键词便是“新证据”或“新事实”。比如《法国刑事诉讼法典》第622条中规定的“发现了新的事实或材料,足以对被判刑人有罪产生疑问”;《德国刑事诉讼法典》第359条“指向被定罪人无罪的新事实和新证据”以及第362条“被宣告无罪人作了自我归罪的陈述”;<sup>[18]</sup>《日本刑事诉讼法》第435条“已经发现确实的新证据,足以认为对受有罪宣告的人应当宣告无罪或免诉”;<sup>[19]</sup>等等。由于“矫正”功能会在一定程度上对法的形

式性造成伤害,所以该功能的启动通常需要其他重大价值为其背书,最为常见的就是无罪之人被错误定罪时根据新的证据启动再审,这是人权保障的基本要求。

## (二) 国际准则的相关规定

较早涉及再审问题的国际文件当属《欧洲人权公约》,这一区域性国际公约通过其“第七议定书”对再审问题展开了进一步解说。根据“第七议定书”第4条第2款“一事不再理/一罪不两罚”的原则要求并不禁止其成员国根据本国法律和刑事程序对某一案件重启程序,其需要满足的条件是(1)有证据表明存在新的或新发现的事实,可能影响案件结果,或者(2)原先的程序中存在根本性的瑕疵,可能影响案件结果。<sup>①</sup>随后的《国际刑事法院罗马规约》第84条也有类似规定,并且更为详尽,其“变更定罪判决或判刑”的理由包括:第一,发现新证据,该新证据:(1)是审判时无法得到的,而且无法得到该证据的责任不应全部或部分归咎于提出申请的当事方;而且(2)是足够重要的,如果在审判时获得证明,很可能导致不同的判决。第二,在审判期间被采纳并作为定罪根据的决定性证据,在最近被发现是不实的、伪造的或虚假的。第三,参与定罪或确认指控的一名或多名法官在该案中有严重不当行为或严重渎职行为,其严重程度足以根据第46条将有关法官免职。<sup>②</sup>2007年,人权事务委员会发布的《两权公约》第32号一般性意见中对再审制度表示认可,并指出可以在发现新证据的情况下对无罪判决重新审判。

综合来看,《欧洲人权公约》“第七议定

<sup>①</sup>Article 4, paragraph 2, Protocol No. 7 to the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (as amended by Protocol No. 11), 1998.

<sup>②</sup>Article 84, paragraph 1, *Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002.

书”对再审功能的界定在描述上与本文“矫正”与“补正”的划分直接对应。《国际刑事法院罗马规约》中的再审只适用于定罪判决,在功能定位上,第一项(发现新证据)属于“矫正”,第二、三项属于“补正”。《两权公约》第32号一般性意见肯定了“在发现新证据的情况下对无罪判决重新审判的制度设计”,这种“矫正”为许多现代法治国家所反对,因为特殊情况下对刑事理性的否定需要有重大利益或重大价值为其背书,而多数时候对无罪判决重启程序并不能符合这一条件。第32号一般性意见的上述内容主要是基于对各缔约国立法状况的综合考虑。<sup>①[20]</sup>

### (三) 我国刑事再审启动条件的变革:

#### 2012年修法要点及原因分析

长久以来,我国刑事再审的指导思想是“实事求是,有错必纠”,相应地,刑事再审的制度功能被模糊地定位于纠正错误。如上文所言,启动条件是研究刑事再审功能定位的重要视角,我们不妨以启动条件的变革为视角来考察我国对刑事再审的制度定位。

1979年《刑事诉讼法》中有关再审程序的内容比较笼统,法律对再审功能的界定从其启动条件来看就是“在认定事实或者适用法律上确有错误”或“确有错误”(1979年《刑事诉讼法》第149条)。1996年《刑事诉讼法》在其第204条增设了“符合再审条件的申诉”的规定,包括:(一)有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的;(二)据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的;(三)原判决、裁定适用法律确有错误的;

(四)审判人员在审理该案件的时候,有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。”由此间接地对原来的再审理由有了相对细致化的表述,使我国再审制度所要修复的问题轮廓进一步清晰,并从此形成了后来学术研究中的一个习惯,即,探讨我国刑事再审理由时,通常引用的是“符合再审条件的申诉”一条之下的内容。但原来那种涵盖一切的口袋式表述(“在认定事实或者适用法律上确有错误”或“确有错误”)仍然保留在法律之中(1996年《刑事诉讼法》第205条)。2002年《最高人民法院关于规范人民法院再审立案的若干意见(试行)》第7条将“符合再审条件的申诉”范围加以细化和补充,主要包括:进一步解释了哪些情况属于适用法律错误;增加了程序违法的启动事由;主要事实依据被依法变更或撤销亦可启动再审。

2011年发布的《刑事诉讼法修正案》第一稿中未对刑事再审制度作任何修改,在相关实务部门的建议下,立法者结合2002年司法解释的相关规定,在第二稿作了四处修改,其中之一就是在“符合再审条件的申诉”的内容中完善和增加了几点,亦即完善和增加了再审启动事由。根据2012年《刑事诉讼法》第242条,刑事再审启动事由与1996年《刑事诉讼法》相比有如下变化:第一,新证据证明原判有错的,须达到“可能影响定罪量刑”的程度;第二,定案证据如果依法应当予以排除,可以启动再审,即,证据的合法性瑕疵成为启动再审事由;第三,违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的,可以启动再审,即,原程序违法成为启动再审事由。其

<sup>①</sup>在分析《两权公约》第14条第7款(一罪不二审)时,有学者指出,在许多国家,在极为特殊的情况下,允许进行一项新的刑事审判,即使该审判将不利于被宣告无罪的或已经被定罪的人,其原因包括重大的程序瑕疵和存在新的或新发现的事实。基于这一原因,有数个欧洲国家对该款提出了保留。

他方面仍然保留了旧法规定。

根据本次修改,对我国当前刑事再审的制度功能定位可作如下分析:

第一,探寻实体正义的价值目标在刑事再审程序中有所弱化,程序正义的价值追求开始上升。典型体现是非法证据未被排除以及程序违法成为启动再审的法定事由。这一变化对于刑事再审制度功能定位的意义主要是司法者认知状态上的。实体正义指的是案件实体处理结果上体现出的公正,是对未来审理结果的一种公平承诺,在广义上既包括按照实体法公正处理案件,又包括了案件事实的认定与客观事实之间的契合程度。<sup>①</sup>后者特别容易令司法者模糊了形式化的法律与实质化的道德、伦理、政治等标准之间的界限,因此,过度强调实体正义的法律制度往往自身存在着沦陷的危险,可能“导致法律关系的不稳定,诱发职能主义倾向与反复的交涉和申诉乃至缠讼行为的相互促进”。<sup>[4]215</sup>感应到再审制度价值目标上的上述变化,有助于司法者在认知上将刑事再审的制度功能锁定于现代法治的场域之下,降低道德、伦理、政治等非法律标准趁“实事求是”之机影响刑事再审的可能。

第二,新法依然没有对再审启动事由加以分类,将所有“错误”的情况都混杂地堆积在第242条之中,这意味着再审制度功能定位依然不明晰。而多数国家或国际文件的立法例会将刑事再审所要解决的问题加以分类,无论是法国、日本将法律错误单列一类的做法,还是德国将有利与不利于原审被告人的情况分列的做法,抑或是《欧洲人权公约》

把“原程序之中的瑕疵”与“新证据”分列的做法(与本文“补正”与“矫正”分列的分类方式类似),都是法律技术化、形式化特征的体现,有助于司法者正确理解和判断刑事再审各项启动事由所指向的制度功能,进而在司法实践中将各种功能正确落实。此外,口袋式表述的继续保留(“在认定事实上或者在适用法律上确有错误”和“确有错误”,新法第243条)也意味着我国的刑事再审仍旧走在“有错必纠”的老路上,缺乏现代法律的形式化特征和技术化特点。

第三,非常救济的制度功能特征尚不明显。“非常救济程序”的性质特点要求刑事再审的启动具有节制性,在立法技术上的体现就是启动事由应当有严格限定。本次修法规定“新证据”须达到“可能影响定罪量刑”的程度方可启动再审,这在一定程度上体现出再审制度的节制性;但是,考虑到根据“新证据”启动再审属于“矫正”功能的体现,而这一功能根据上文相关论述,需要以人权保障等重大价值目标为其背书才能获得正统性,因此,即便不对“补正”功能下的启动事由作有利或不利于原审被告人的区分,“矫正”功能也应当被限定于有利于原审被告人的情形。此外,2002年司法解释中的某些合理限定没有吸纳到新法之中,例如2002年司法解释规定仅对量刑“明显不当”的启动再审,但新法却对适用法律的错误仍然没有程度上的限定,这一现象所反映出的问题实质便是对刑事再审功能定位的不明朗,这种状态可能导致司法实践中再审的不合理启动,已经现实存在的颇受争议的刘涌案和李昌

<sup>①</sup>“实体”包括多层次的丰富内容:(1)实体法上规定的权利和义务;(2)决定实体法内容的人们的意志与利益,又表现为物质利益、道德伦理观念、公共政策等;(3)决定人们意志与利益的社会经济条件。参见孙笑侠的《程序的法理》,商务印书馆,2005年出版,第81页。

奎案。

#### 四、我国刑事再审的制度实践与未来

##### (一) 我国启动刑事再审的制度实践

我国当前的刑事再审实践在制度功能上被赋予了太多期待,这些期待之中的相当一部分已经超出了刑事再审制度功能的一般定位,难以在法律原理和程序规律上找到其正统性依据。过重的期待主要体现在如下两个方面:

其一,我国刑事再审程序启动的实际原因有时并非基于制度功能本身的考量,而是源自对民间呼声的考虑,在功能上呈现出“非制度化”倾向。有学者认为,在情理与法律之中,前者为内容,后者为形式。中国传统法律的形式化成分匮乏,不承认法律内在的合理标准(比如遵循既定规则是法律的一种美德),而是把外在于法律的合理标准(比如是否合乎情理和伦常,是否受人欢迎和乐于接受)作为追求目标。因此,当法律与道德、政治、经济、民意等事实因素发生矛盾时,则无疑需服从后者。这是一种反形式的倾向,是一种“实质合理性”的倾向。<sup>[1]4</sup>这种“舍法取义”的实质性倾向正是现代法治精神所反对的。在社会转型时期,“传统道德规范作为一种非正式的制度固然可以起到某些作用,但作用应当有限,更要首先注重法治,关注非个人化的和一般的社会关系,强调法律适用的统一性和普遍性”。<sup>[2]1</sup>

其二,刑事诉讼一般正常程序在制度设计和制度功能上的不完善,使得原本应当具有“非常性”的再审程序在功能上异化为前者的“备份”。一般程序与非常救济程序共同构成了刑事诉讼活动的整个框架,然而,两者在解决纠纷的主从关系定位上是明确的,即,一般程序是必经途径,而再审程序的最佳

状态是能够“备而不用”。根据上文分析,再审程序仅在一般程序(原程序)实施中出现重大问题,或者一般程序在某些个案中未能有效发挥制度功能且影响了重大利益时,才会走到台前。它是一名候补,而不是与一般程序一同上台共同完成任务。但是,如果一般程序在设计上存在较大的功能实现障碍,并因此难以有效解决问题,为了维持整个诉讼制度的稳定秩序和处理问题的能力,救济程序就很有可能被异化为另一个“一般程序”。换言之,作为逻辑前提的一般程序的不完善,增强了诉讼制度秩序对再审程序的依赖。所以,立法层面上难以对刑事再审的启动作严格的限定,而是在一定程度上,将再审的制度功能扩张到“非常救济”之外。

##### (二) 我国刑事再审制度的未来

对于刑事再审的制度设计而言,首先是功能定位的正确把握,然后才是其他。制度功能定位通过相关立法技术得到落实和体现,以下方面是我国未来重新检视刑事再审制度功能时应当予以考虑的内容:

一方面,需要对刑事再审启动事由加以整合、分类和清理。启动事由的设计是刑事再审制度功能的直接反映,并将对司法者的认知状态产生引导。鉴于法律新修,部分工作可以通过后续相关司法解释加以完善。在分类的问题上,从程序技术的角度,按照“补正”和“矫正”的内涵对再审事由加以分类可能更利于体现问题本质,更能体现现代法治的形式化、技术化特点。其中,(1)以“补正”功能为目标的再审理由设计,主要面临的挑战来自于既判力和诉讼效率,应当通过各种条件上的限定,把原程序及其结果中需要补正的错误限缩到较小范围,并且应当把某些难以界定为“错误”的内容(比如自由裁量范围之内所作裁断)排除在再审启动事由之外

(比如在量刑问题上可以吸收2002年司法解释中的合理内容);(2)以“矫正”功能为目标的再审理由设计,主要面临的挑战来自于既判力和法的形式性,而其存在的重要理由在于原程序功能在某些个案中的不足或失灵,使得某些重大利益或重大价值受损或濒临受损,所以,此时的再审事由必须被限定于某些重大利益或重大价值的要求之下,通常表现为,因为新证据而启动的再审往往需要以有利于被定罪人为前提。

另一方面,需要强化一般程序的制度建设。从逻辑关系上来看,非常救济程序是一般程序的对应存在,再审是原审的对应存在。在保持诉讼程序的整体效能和稳定秩序的意义之上,可以认为两者之间是此消彼长的关系。一般程序(原审)越完备,越能够实现其制度功能,非常救济程序(再审)的使用率相应越低;但若一般程序千疮百孔,则往往更多地需要通过启动非常救济程序来维系诉讼制度的整体效能。制度建设是一项体系化的工程。在一般程序处理问题的能力尚存在较大需要完善空间的情况下,简单强调既判力和法的形式理性而严格再审启动条件是值得商榷的。如果在严格再审启动的同时却不对一般程序加以完善和改革,处于案件洪流之中的刑事诉讼制度就会如同放在瀑布之下的一个杯子,诉讼制度功能羸弱导致大量案件溢出,进而可能使刑事诉讼在实现其外在价值的问题上出现危机。

#### 参考文献:

- [1] 孙笑侠. 程序的法理[M]. 北京: 商务印书馆, 2005.
- [2] Michael D Bayles. Principles of Law: A Normative Analysis [M]. Boston: D Reidel Publishing Company, 1987: 56.
- [3] [日]谷口安平. 程序的正义与诉讼: 增补本[M]. 王亚新, 刘荣军, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 代译序 13.
- [4] 季卫东. 法律程序的意义: 增订版[M]. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- [5] 曹刚. 立法正统性及其合理性问题——关于合法性理论的另一种视角[J]. 中国人民大学学报, 2002(4): 85-90.
- [6] 李哲. 刑事裁判的既判力研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008: 54-66.
- [7] 陈卫东. 模范刑事诉讼法典[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 序 32.
- [8] Max Weber. Law in Economy and Society [M]. NY: Simon and Schuster, 1967.
- [9] Duncan Kennedy. Legal Formality [J]. The Journal of Legal Studies. 1973(2): 351-398.
- [10] [德]拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健, 等, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 120.
- [11] 汪海燕. 形式理性的误读、缺失与缺陷——以刑事诉讼为视角[J]. 法学研究, 2006(2): 113-125.
- [12] [美]约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏, 等, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988: 86.
- [13] [美]R M 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章, 周汉华, 译. 南京: 译林出版社, 2008: 173.
- [14] 法国刑事诉讼法典[M]. 罗结珍, 译. 北京: 中国法制出版社, 2006: 371.
- [15] [德]托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲, 温小洁, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 230-231.
- [16] 张毅. 刑事诉讼中的禁止双重危险规则论[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004: 326.
- [17] [法]贝尔纳·布洛克. 法国刑事诉讼法[M]. 罗结珍, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2009: 556.

- [18] 德国刑事诉讼法典[M]. 李昌珂,译. 北京:中国政法大学出版社,1995:132-133.
- [19] 日本刑事诉讼法[M]. 宋英辉,译. 北京:中国政法大学出版社,2000:96.
- [20] [奥]曼弗雷德·诺瓦克. 民权公约评注:上册[M]. 毕小青,孙世彦,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,2003:269.
- [21] 苏力. 制度是如何形成的:增订版[M]. 北京:北京大学出版社,2007:63.

## Rectification and Redress: An Inquiry into the Criminal Retrial System

CHU Dian-qing

(*Law School, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China*)

**Abstract:** The criminal retrial system, whose logical premise is a final decision, becomes legitimized when certain serious defects occur in the original procedure, or when its expected functions fail somehow and meanwhile infringe on other significant values, even though the original procedure develops and is completed in accordance with rules. Therefore, from the perspective of the formal rational theory and the rules of procedure, the functions of criminal retrial system can be categorized into two groups: rectification as to fix the defects in the original procedure, and redress as to help restore the balance of values. Re-examining criminal retrial function orientation in terms of rectification and redress, we might better design and implement the specific institutions of criminal retrial, especially the re-opening institution. To resolve the problems in the criminal retrial practice, it is necessary to classify and sort out the re-opening reasons and to improve the original procedure, which serves as the premise of retrial.

**Key words:** criminal retrial; function; rectification; redress

(责任编辑:魏琼)