

刑事诉讼中的重复追诉问题（二）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_88_91_E4_BA_8B_E8_AF_89_E8_c122_484007.htm 五、中国法中的有错必纠原则

在中国诉讼法学界，主流的诉讼理论仍然坚持认识论的基本观点，将客观真实、不枉不纵、有错必纠作为刑事诉讼的基本“指导思想”，并使其成为一系列诉讼原则、制度和规则的理论基础。对于认识论能否成为诉讼法学和证据法学的理论基础问题，笔者在以往的研究中已经作出过专门的分析，[42]在此不再赘述。这里所要分析的则是这一理论基础与刑事诉讼中的重复追诉现象的关系问题。迄今为止，将认识论视为诉讼制度理论基础的观点，已经为一部分学者所拒绝接受，人们在努力进行理论上的探索，以便为刑事诉讼程序和证据规则寻找真正令人信服、让人有归属感的精神家园。但即便如此，真正站在既判力理论和一事不再理原则的立场上观察问题的论著，仍然极为罕见。至于那种源自英美法的避免被告人因同一行为而受到双重危险的观念，则更为很多学者所不容。而那些至今仍然坚持认识论信仰的学者，以及大量身处立法界和司法实务界的人士，在诸如实事求是、客观真实、不枉不纵等观念的长期耳熏目染之下，对那些随意实施重复追诉的诉讼现象，不是视而不见，就是主动提供理论上的支持。下面的论述旨在对客观真实、有错必纠原则的内容及其对中国刑事诉讼的影响作一分析。（一）认识论视野下的刑事诉讼 一提及认识论，法学者往往以为这是涉及到证据制度理论基础的问题。但事实上，中国整个刑事诉讼制度几乎无处不渗透着认识论的精神影响。首先，从刑

刑事诉讼法为“公检法三机关”确立的“任务”来看，“准确及时地查明案件事实真相”被置于首要的地位，而惩罚有罪的人和保证无罪的人不受追究则为由此派生出来的间接“任务”。为实现刑事诉讼法赋予的上述“任务”，“公检法三机关”必须“依靠群众”，“以事实为根据，以法律为准绳”，并遵循“分工负责”、“互相配合”、“互相制约”的原则。其中，“以事实为根据，以法律为准绳”的原则对于实现刑事诉讼法的“任务”尤为关键。在立法界人士看来，“这是我国长期以来刑事诉讼的一条重要经验，是正确惩罚犯罪，防止错案，保障无罪的人不受刑事追究的重要原则。是否犯罪，罪重、罪轻，要以事实为根据。”[43]既然刑事诉讼以发现“事实真相”作为最大的目标，那么，为什么还要保障犯罪嫌疑人、被告人的一系列诉讼权利呢？难道这些以辩护权为核心的诉讼权利也是保证实现“客观真实”的手段吗？对于这一点，立法决策者也从认识论的视角，给出了解释：“为什么要强调保障被告人的诉讼权利，因为被告人处于被控的地位，保障他们的诉讼权利，可以更好地查明事实，正确执行法律，防止错案。在‘文革’中，林彪、‘四人帮’不允许申辩，出了许多错案。1979年制定刑事诉讼法时，充分总结了‘文革’的教训。彭真同志说，我们要总结‘文革’的教训，在法中作出规定，以防止再发生类似事情。所以，这是刑事诉讼的一条重要原则。”[44]既然连保障被告人的诉讼权利都被解释为发现真相、防止错案的手段，那么，还有什么诉讼原则和程序设计不可以这样解释呢？事实上，检察机关在审查起诉时发现事实不清、证据不足的，有权将案件退回侦查机构补充侦查；检察机关在法庭审判过

程中，发现案件证据不足的，可以要求法院休庭，从而自行或者退回公安机关补充侦查；第二审法院在审理上诉、抗诉案件时，要对案件的证据、事实和法律问题进行“全面审查”，不受上诉、抗诉范围的限制；检察机关、法院发现业已生效的案件在认定事实或适用法律上“确有错误”的，可以发动再审程序……这些不都与追求一种绝对的“事实真相”有着明显的关系吗？当然，受实事求是、不枉不纵观念影响最大的还属于中国的证据制度。在主流诉讼理论看来，“证据制度，归根结底是个认识问题”，中国证据制度是在辩证唯物主义认识论基础上制定的，“总的精神是强调实事求是，依靠群众，调查研究，反对主观唯心主义，要求审判人员、检察人员、侦查人员在办案中通过收集、审查、判断证据，查明案件事实真相，也就是使办案人员对案件事实的主观认识符合客观实在”。[45]在认识论的深刻影响下，“公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书，必须忠实于事实真相”；审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据；严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据；必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件。根据一般的解释，中国刑事诉讼法要求全面客观地收集证据，尽量收集原始的证据材料，但不排除传闻证据的证明力。任何证据材料，只要查证属实，不论是口头材料或书面材料，是第一手材料或第二手材料，都可以作为证据使用。[46]那么，“公检法三机关”运用证据究竟要达到什么样的程度才能提起公诉和作出有罪判决呢？刑事诉讼法要求，提起公诉

和作出有罪判决，都要达到“事实清楚”、“证据确实、充分”的证明程度。证据确实充分，这是要求定罪的证据既要确实可靠，又要达到一定的数量足以肯定无疑地证明被告人实施了犯罪。这种对定罪证明标准的表述，显然不过是诸如“实事求是”、“客观真实”等认识论层面上的范畴的规范化罢了。如何将认识论与诉讼证明理论结合起来，是主流诉讼理论所要着重解释的问题。针对西方国家所坚持的由公诉人负证明责任的“传统法学观念”，有的学者坚持认为，“把证明主体限于公诉机关和诉讼当事人，证明活动限于审判阶段”，这是既不符合中国法律规定，也不符合中国国情的，“基本上是照搬英美法系的概念”。在中国，刑事诉讼是国家为追究犯罪人的刑事责任而进行的司法活动，证明责任问题主要反映了国家与被告人之间的关系。“刑事诉讼法尽管没有明文规定证明责任，但规定了逮捕被告人、提起公诉、制作有罪判决必须达到的证明要求，可见证明被告人有罪的责任应当由公安机关、人民检察院和人民法院来承担”。况且，中国刑事诉讼尽管以审判为中心，但侦查、审查起诉程序占有重要诉讼地位，而且相当多的案件在侦查、起诉阶段就作出了最终处理，侦查机关、检察机关和法院一样须运用证据进行证明活动。因此，中国刑事诉讼中的证明，“在通常意义上，应指公安司法机关、当事人及其所委托的辩护人和诉讼代理人运用证据认定刑事案件事实的活动”。[47]最后，如何对待被告人的口供呢？基于历史上偏重口供、刑讯逼供并由此造成错案的教训，中国刑事诉讼法强调“重证据，重调查研究，不轻信口供”，也就是“只有不过人口供，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有

被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚”。但是，在侦查阶段，犯罪嫌疑人面对侦查人员的提问，必须“如实回答”，而没有保持沉默或者作不实申辩的权利。对此，权威的理论解释是，犯罪嫌疑人、被告人本身就是丰富的证据来源，而对他们讯问则是“公安司法机关”查明真相的有效手段之一。面对侦查人员的提问，嫌疑人如果“确实有罪”，就应作出有罪供述；如果“确实无罪”，则应如实申辩，以帮助侦查人员查明案件事实真相。[48]

(二) 有错必纠原则 从最理想的角度来看，刑事诉讼活动应不使一个犯罪人逃脱法网，也不使一个无罪的人受到刑事追究。这也就是所谓的“不漏不错”、“不枉不纵”。但是，刑事司法实践的现实表明，“要百分之百地做到不漏不错是不可能的”，因此最现实的选择是“尽量少错少漏，而且坚持有错必纠的方针”。[49] 迄今为止，有关“有错必纠”原则的完整表述仍然存在于一些刑事诉讼法教科书之中，并且主要是就“审判监督程序”的正当性所作的论证。在一些学者看来，“忠实于法律制度，实事求是，有错必纠是我国刑事诉讼始终坚持的方针。即使判决、裁定已经发生法律效力，但一经发现有错误，不论是在认定事实上，还是在适用法律上，也不论是对原被告人有利的，还是不利的，都要通过审判监督程序重新审理，加以纠正，从而使无辜者得到平凡昭雪，轻纵的罪犯受到应得的惩罚，这就从法律上有力地保证这一方针的实现。”[50] 显然，发现事实真相，追求客观真实是从积极的方面对刑事诉讼目的的概括，而“有错必纠”则是从消极的角度对此问题所作的另一种表述。既然承认人的认识是有限的，“公检法三机关”在刑事诉讼中也会发生

认识上的错误，那么，在这种错误发生之后，基于实事求是的原则，及时有效地加以纠正就属于唯一的选择。在以往的有关著述中，法学者和立法决策人士都讨论过“疑罪从无”问题。现行刑事诉讼法也已经有诸如“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控不能成立的无罪判决”之类的法律条文。然而，假如法院以证据不足为由将被告人判决无罪，而过了一段时间之后，侦查机构又收集到了新的足以证明被告人有罪的证据，检察机关能否再对该案件提起公诉呢？法院能否再对该被告人进行审判，并作出有罪判决呢？这些问题曾经在立法、司法实务和法学界引起一系列的争论。对于这一问题，立法决策人士是这样解释的：“刑事诉讼法规定，人民法院必须以事实为根据，证据只有查证属实，才能作为定罪判刑的根据，只有口供没有其他证据证明的，不能定罪。实践中存在的问题是，法院审理后，有些案件因证据不足而不判决，挂了起来，有的拖很长时间。为了防止这种情况……不能长期挂在那里，该放人的就要放人。当然，如果检察机关提出要补充侦查，那么等补充侦查后，在根据情况进行判决。在法院作出证据不足、指控犯罪不能成立的无罪判决后，如果侦查机关后来又取得了犯罪的证据，怎么办？可以另行起诉。”[51]有的学者在建议确立“疑罪从无”规则时，也表达了类似的观点：“在公安司法工作中，经常碰到有的案件，所能收集到的证据，认定主要犯罪事实根据不足，而又不能排除被告人犯罪的可能性，于是成为十分棘手的疑难案件。对于这种疑难案件的处理……第三种主张采取无罪处理的办法，即经反复查证，无法取得确凿证据的情况下作出撤销案件、不起诉的决定或判决无罪

，已逮捕的无罪释放……我认为这种主张和做法能保证不伤害好人，比较稳妥谨慎。诚然，这样做有可能漏掉个别犯罪分子，但不要紧。一旦我们又发现新证据，证实他是犯罪人，再把他抓起来判刑就是了。这比判错了重新改正要主动一些，后遗症要少一些。” [52] 无罪判决作出甚至生效之后，警察有了新的犯罪证据，检控方掌握了新的足以证明被告人有罪的新的证据材料，真的就可以“再抓起来就是了”，或者“重新起诉”吗？假如案件已经过了很长时间，甚至超过了刑法规定的犯罪追诉时效，怎么办？难道对一个人的同一行为，警察机构、检察机关和法院可以反复提起追诉程序，从而使其长时间地陷入危险的境地吗？对于这一问题，立法界和法学界极少有人进行过反思。联想到如今，“疑罪从无”已经确立在刑事诉讼法之中，立法界和法学界的大多数人士想必对此感到欣慰。然而令人意想不到的是，“疑罪从无”的确立却引发出来了另外一个严重的问题：刑事追诉权的重复行使和被告人所反复面临的刑罚威胁。

六、有错必纠原则下的重复追诉问题

有错必纠原则不仅为中国“审判监督程序”的设计提供了理论支持，而且还引发出一系列的重复追诉合法化的情况。其中有的属于刑事诉讼法授权的“合法”情况，有的则是最高人民法院和最高人民检察院在各自的“司法解释”中自我合法化的情况。以下的论述旨在对这些法律规定和“司法解释”所导致的重复追诉情况作一简要的分析。

（一）审查起诉阶段的重复追诉

在审查起诉阶段，检察机关承担着审查侦查终结的案件是否具备起诉条件的职责。在发现案件事实不清、证据不足的时候，检察机关可以将案件退回公安机关补充侦查。这种退回补充侦查可以实施两次

，总计不得超过两个月的时间。由于案件尚未进入提起公诉阶段，因此这还不属于典型意义上的“重复追诉”行为。但是，考虑到退回补充侦查期间，犯罪嫌疑人一直处于被羁押的状态，其羁押期限其实是随之而相应延长的，因此，这种反复实施的退回补充侦查行为理应受到研究者的关注。审查起诉阶段存在的典型重复追诉情况是，检察机关对侦查终结的案件作出了不起诉的决定，后来又发现该不起诉决定“确有错误”，案件实际“符合起诉条件”，因而撤销原来的不起诉决定，而重新提起公诉。另一方面，最高人民检察院对地方各级人民检察院所作的不起诉决定，上级人民检察院对下级人民检察院所作的不起诉决定，如果发现“确有错误”的，还可以直接予以撤销或者指令下级人民检察院纠正，从而使案件重新被提起公诉。[53]应当说，检察机关作出不起诉决定后，因发现原决定发生错误，而对同一案件该作提起公诉的决定，这确实有点无可非议。但是，对于同一嫌疑人的同一行为，检察机关作出的不起诉决定已经发生了法律效力，嫌疑人本人也已经回归正常的社会生活，而过了一段甚至较长时间之后，检察机关又对其提起公诉，而这种重新提起的公诉又没有次数上的限制，这种做法难道真的具有正当性吗？假如检察机关因为自身的疏忽而导致案件证据不足，使得案件不得不以不起诉而告结束，然后又因为发现了新的证据而重新起诉，这该怎么办呢？

（二）一审程序中的重复追诉

第一审程序中涉及到重复追诉的情况主要是检察机关撤诉后重新起诉和法院自行变更起诉罪名问题。

1. 检控方撤诉后的重新起诉

根据现行刑事诉讼法的规定，“缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据”的，法院应当说服

自诉人撤回起诉。该法只将“撤回起诉”适用于自诉案件，而并无任何有关检察机关“撤回起诉”的规定。但是，根据最高人民法院自行发布的“司法解释”，在法院判决宣告前，检察机关要求撤回起诉的，法院应当审查其撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定。另一方面，公诉人发现案件需要补充侦查，提出延期审理建议的，法院合议庭应当同意，并可给予其两次申请延期审理的机会。但是，在延期审理之后，检察机关在补充侦查期限内没有提请法院恢复法庭审理的，法院应当按检察机关撤诉处理，也就是作出准许撤回起诉的裁定。[54] 最高人民法院以较为正式的“裁定”的形式确认了撤回起诉的合法性。但是，究竟基于什么理由才能裁定准许检察机关撤回起诉呢？对此，该法院并没有给出明确的解释。不过，根据最高人民检察院的“司法解释”，在法庭审理过程中，公诉人遇有以下情形之一的，应在要求法庭延期审理获准后，在补充侦查的期限内提请法院恢复法庭审理，或者撤回起诉：一是“发现事实不清、证据不足，或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人，需要补充侦查或者补充提供证据的”；二是“发现遗漏罪行或者遗漏同案犯罪嫌疑人，虽不需要补充侦查和补充提供证据，反需要提出追加或者变更起诉的”；三是“需要通知开庭前未向人民法院提供名单的证人、鉴定人或者经人民法院通知而未到庭的证人出庭陈述的”。[55] 考虑到中国司法实践的情况，在上述后两种情形下，检察机关一般会在补充侦查完毕后要求法庭重新开庭审理，而对第一种情况则会撤回起诉。这通常意味着检察机关即使经过补充侦查，也无法向法庭提出确实、充分的证据，也无法将被告人的“犯罪事实”证明到“清楚”的地步

。但是，按照现行刑事诉讼法的规定，法院对于检察机关的指控事实不清、证据不足的，本应作出指控不能成立的无罪判决。检察机关以事实不清、证据不足为由，要求撤回起诉，这显然使“疑罪从无”的规定受到了搁置和规避。检察机关撤回起诉后，对有的案件可能作出撤销案件的决定，对有的案件则可以继续补充侦查，并在补充收集到有关证据时，重新提起公诉。这种起诉既可以原来的罪名提出，也可以在变更罪名后在同一事实重新提出。可以说，撤回起诉仅仅意味着原来的指控罪名无法得到法庭的认可，并不意味着检察机关不可以就同一被告人的同一行为重新提起公诉。

2. 法院对起诉罪名的变更在一审程序中，重复追诉的现象不仅仅发生在检察机关撤回起诉这一环节上，而且还表现在法院自行变更起诉罪名方面。根据最高人民法院的“司法解释”，法院对于“起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的”，应当按照自己认定的罪名，作出有罪判决。对于这一问题，笔者在以前的研究中曾有专文研究。^[56]不过，笔者这里所要强调的是，法院经过开庭审理，认定检察机关指控的罪名不成立，而直接以其他罪名作出有罪判决，这实际在代替检察机关对同一被告人的同一行为实施重复追诉。这是因为，检察机关以某一罪名对被告人提起公诉，属于对被告人行为的第一次追诉。对于这一追诉，法院经审理后，认定其不成立的，应当在给予被告人、辩护人以防御准备的前提下，建议检察机关及时变更起诉的罪名，案件重新进入法庭审理程序。但是，法院往往在法庭审理结束后的评议阶段，自行将起诉的罪名加以变更，从而以另一罪名判决被告人有罪。这样，被告人

在经受检察机关的依次追诉之后，又在没有获得防御机会、罪名的成立没有经过法庭调查和辩论的情况下，直接受到法院的追诉和有罪判决。与第一次追诉不同的是，法院将一个未经起诉，也未经被告人辩护和法庭质证的新罪名，强加给被告人，从而事实上对被告人发动了一次新的追诉。（三）二审程序中的重复追诉 中国的第二审程序在设计上秉承了实事求是、有错必纠的理念，具有明显的事实复审的特点。该程序涉及到重复追诉问题的环节主要有四个：一是检察机关有权对一审法院所作的无罪判决提出抗诉；二是第二审法院按照“全面审查”原则进行审判；三是对原审判决认定的罪名加以改变；四是对“事实不清”、“证据不足”的案件发回原审法院重新审判。下面依次对这四个问题作一分析。1

· 检控方对无罪判决的抗诉 首先来看检察机关对无罪判决的抗诉。与大陆法国家一样，中国法律也允许检察机关对未生效的一审判决提出重新审判的要求，其中包括对一审法院所作的无罪判决提出复审的要求。这尽管有着诸如实事求是、实体真实、有错必纠之类的正当化理由，但却直接导致被告人因同一行为而受到多次重复的追诉，从而面临双重危险。尤其值得指出的是，“抗诉”被视为检察机关行使“法律监督权”的一种法定方式，而“上诉”则被当作被告人和其他当事人行使诉讼权利的表现，两者尽管都可以发动第二审程序，但在诉讼效果上是完全不同的。例如，检察机关对一审法院的无罪判决一旦提出抗诉，就意味着二审法院必须以开庭的方式举行重新审判。但是，被告人提起上诉后，二审法院经过简单的审查卷宗和讯问被告人之后，如果认为案件事实清楚、证据充分的，就可以直接作出裁判，而不必再举行

开庭审判。这样，检察机关对无罪判决的抗诉就能够引起较为正式的重新审判程序。又如，现行刑事诉讼法对检察机关的抗诉并没有施加理由上的限制，而只有笼统的“认定事实和适用法律确有错误”等说法。这也使得检察机关可以对几乎所有无罪判决提出抗诉，而不会遇到法律上的障碍。2.

“全面审查”背后的重复追诉问题 如果说检察机关对无罪判决的抗诉导致被告人直接受到双重追诉的话，那么，二审程序中的“全面审查”原则则使那些没有被列入上诉、抗诉范围的一审判决内容，重新受到二审法院的审查。对于这一原则，一般的教科书都没有作出清晰的分析。现行刑事诉讼法的表述是：“第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉和抗诉范围的限制。”一般认为，对第一审判决的上诉或抗诉仅是引起对该案进行第二审程序的必要程序，但二审法院审理案件并不受上诉和抗诉范围的限制；共同犯罪的案件，只有部分被告人提出上诉或者检察机关只对部分被告人的判决提出抗诉的，二审法院应当对全案进行审查和判决。[57]从实事求是、有错必纠的角度来看，“全面审查”原则显然是可以得到合理解释的。毕竟，站在发现案件事实真相的立场上，二审法院当然既要审查原审判决的证据和事实认定问题，也要审查其适用法律问题，并对其在事实上和法律上所存在的“错误”加以纠正。但是，对于原审法院所作的判决，被告人只对其中部分内容提出上诉，检察机关只对部分内容提出抗诉的，二审法院却要对全案事实和法律问题进行审查，这是否有“不告而理”之嫌？假如对于原审判决的事实认定部分，被告人没有提出异议，检察机关也没有不同意见，双方的上诉

和抗诉所涉及的焦点在于判决的法律使用问题，那么，第二审法院还要多大必要去重新审查事实认定问题呢？为什么第二审法院非要对控辩双方已经没有任何异议的原审判决加以重新审查呢？事实上，全面审查原则意味着第二审法院不对上诉、抗诉的理由作出任何明确的限制，也可以对一审法院已经判明、控辩双方不持异议的判决部分重新发动审查。这会使被告人受到重复的追诉，面临受到双重追究的危险。假如第二审法院发现原审判决对被告人的定罪或者判刑存在一定的错误，因而在第二审程序中对此进行全面的审查，这岂不就等于对被告人的同一行为再重新发动追诉行为吗？在那些只有被告人提出上诉的案件中，这种全面审查是由法院自行发动的，被告人所面临的“双重危险”也就是由法院直接造成的。而在那些检察机关提出抗诉的案件中，被告人所受到的“重复追诉”却是由检察机关发动（针对其提出异议的部分）后，法院继续发动的（针对那些检察机关未曾提出异议的部分）。由此，被告人的同一行为在受到检察机关提起公诉和法院的初审之后，还要继续受到检察机关的继续追诉（二审抗诉）和第二审法院的继续追诉（上诉、抗诉范围之外的全面审查）。

3. 新罪名的继续创制 二审程序中重复追诉的第三个例证是法院重新变更罪名问题。根据最高人民法院的“司法解释”，第二审法院经过重新审判，对“原判认定事实清楚、证据充分，只是认定的罪名不当的，在不加重原判刑罚的情况下，可以改变罪名”。[58]这就意味着，第二审法院不仅可以将检察机关起诉书中指控的罪名加以改变，而且还可以将二审法院所作判决中认定的罪名直接变更，从而强加给被告人一个未经起诉、未经一审审判、未经上诉

或抗诉也未经二审法院重新审判的新罪名。与第一审法院自行变更罪名的行为一样，这种行为既违背了“不告不理”原则，也导致被告人因同一行为受到二审法院的主动审查，也就是双重的法律追诉。被告人由此将面临多次重复的被追究的危险。

4. 以事实不清为根据的发回重审 重复追诉的最后一个例证是二审法院以“事实不清”、“证据不足”为名，将案件撤销和发回原审法院重新审判。这也是前面案例所显示出来的情况。由此不难看出，二审法院只要发现原审判决“事实不清”、“证据不足”的，就可以反复多次将案件发回原一审法院重新进行审判。这种发回重新审判显然没有任何数量上的限制。同时，原一审法院经过重新审判后，还可以根据同样的证据和事实，反复多次对被告人作出有罪判决；原提起公诉的检察机关也可以根据大体相同的证据和事实，对被告人反复地重新提起公诉。什么是“事实不清”、“证据不足”？根据中国刑事诉讼法的要求，法院认定被告人有罪，必须“事实清楚”、“证据确实充分”。也就是说，公诉人必须将被告人有罪这一点证明到“客观真实”的最高程度。相反，案件“事实不清”、“证据不足”，显然表明公诉人尚未将自己提出的指控证明到法定的最高证明标准，也尚未通过证明被告人有罪，将那个免除了被告人证明自己无罪责任的“无罪推定”加以推翻。可以说，既然没有推翻无罪推定，法院就应该作出有利于被告人的无罪判定。正如一审法院发现案件事实不清、证据不足的，就可以作出指控的犯罪不能成立的无罪判决那样。显然，二审法院面对“事实不清”、“证据不足”的一审判决，本来就应裁判一审法院作出了违法判决，因为这一判决违背了无罪推定、疑罪从

无的基本精神。但是，二审法院却不这样做，反而将案件发回原审法院重新审判，以至于使被告人的行为重新受到一审法院的审判，并且受到检察机关的重新追诉。被告人由此受到多次重复的追诉，面临两次甚至多次被追究的危险。可以说，二审法院发回重审的次数越多，被告人所受到的重复追诉也就越多。还要指出的是，二审法院以“事实不清”、“证据不足”为由，将案件发回重新审判，还有着明显的责令一审法院补充调查的意味。在中国司法实践中，二审法院作出发回重新审判的裁定的同时，经常会提出一份指导一审法院“补充调查”的书面意见。在本文一开始所举的案例中，河北省高级人民法院就针对一个上诉案件，随着发回重审的裁定书，发出过三份指导补充调查的意见。其中一份意见甚至还明确暗示承德市中级人民法院“要作出留有余地的判决”，也就是少判几个死刑，以弥补案件“事实不清”、“证据不足”的缺憾。[59]而大量的案例也显示，二审法院遇有原审判决“事实不清”、“证据不足”的，经常引导原一审法院重新审判，并在量刑上作从轻处理，如该判死刑的改判死缓，该判死缓的改判无期徒刑等。在这里，二审法院所要考虑的不是将那些没有达到法定证明标准的案件改作无罪判决，而是努力争取判处被告人有罪。显然，二审法院所希冀的是一审法院发挥一定的刑事追诉职能。（四）通过“审判监督程序”而发动的重复追诉对中国的刑事再审作全面分析，并非本文的意图。我们这里所关注的是再审如何以“审判监督程序”的形式发挥着重复追诉被告人的效果。[60]根据现行刑事诉讼法，发动刑事再审的法定途径有两个：一是法院自行提起“审判监督程序”；二是检察机关提起再审抗诉

。其中，法院提起再审的情况又有三种：任何一级法院的院长将本院的已决案件“提交审判委员会处理”；最高人民法院对各级法院的已决案件提审或者指令再审；上级法院对下级法院的已决案件提审或者指令再审。与法院主动提起再审相对应的是，最高人民检察院对各级法院的已决案件都可以提起抗诉，上级检察机关对下级法院的已决案件也可以提起抗诉。这种再审抗诉一经提起，法院就必须开始再审程序。需要注意的是，无论是法院自行提起的再审，还是检察机关以抗诉方式引发的再审，都没有明确的理由限制，而只有笼统的“在认定事实上或者在适用法律上确有错误”的说法。这就使得再审的发动带有较大的任意性和随机性，也导致法院和检察机关在发动“审判监督程序”方面，具有更为便利的条件。另一方面，再审没有以对被告人利益的影响来进行划分，法院和检察机关都可以发动有利于被告人的再审，也可以发动不利于被告人的再审。也就是说，那种以变无罪判决为有罪判决、变罪轻判决为罪重判决为目的的再审，既可以由法院主动发动，也可以由检察机关以抗诉的方式发动。为了说明法院也可以主动发动不利于被告人的再审，笔者这里引证一段最高人民法院“司法解释”的规定：“第二审人民法院审理被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属提出上诉的案件，不得加重被告人的刑罚，并应当执行下列具体规定……（五）对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，不得撤销第一审判决，直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回第一审人民法院重新审理。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，按照审判监督

程序重新审判。” [61] 这一规定本来是为了纠正实践中大量存在的规避“上诉不加刑”原则的情况而制定的。但是，最高人民法院在遵守了形式上的“上诉不加刑”原则的同时，却明确地鼓励各级法院通过审判监督程序对被告人加重刑罚。既然第一审判决量刑畸轻，或者没有适用本来应当适用的附加刑，二审法院又不能“明目张胆”地加重不过人的刑罚，那么，要达到“依法改判”的目的，当然就只有依靠这种极为方便、实用的“审判监督程序”了。可以肯定地说，法院、检察机关以“审判监督程序”发动不利于被告人的再审，客观上使被告人受到重复的刑事追诉。被告人所面临的将不再只是双重危险，而是来自法院和检察机关的多重危险。况且，这种审判监督程序所针对的还不是那些未生效、未确定的判决，而是业已发生法律效力的一定判决。显然，法院、检察机关为了贯彻“有错必纠”原则，也为了纠正原审判决在事实认定或者法律适用上的“错误”，而不惜牺牲法院判决的稳定性和终局性。

七、对有错必纠原则的反思

毫无疑问，有错必纠原则及其支持下的一系列重复追诉程序，对于防止那些“事实上”有罪的人逃避法律的制裁是极为有效的。在中国刑事诉讼中，一个公民一旦陷入犯罪嫌疑人、被告人的境地，并被纳入刑事追诉的轨道，在问题没能得到查清、“事实真相”没能发现之前，是很难“摆脱干系”的。但是，作为一种沉重的代价，有错必纠原则必然导致国家刑事追诉权的滥用和犯罪嫌疑人、被告人法律安全感的牺牲。有鉴于此，笔者在此对该原则以及大量存在的重复追诉程序作一简要的反思，以促使读者真正开始关注这一问题。

（一）刑事追诉的恣意化

作为一种诉讼的形态，刑事诉讼能否容许

“有错必纠”？换言之，在刑事诉讼过程中，是不是只要发现所谓的“事实错误”，就要采取诸如退回补充侦查、重新起诉、发回重审、发动再审之类的“纠正错误”行为呢？这样做是否会带来更为严重的后果呢？我们可以举一个例子。中国刑事诉讼法确立了所谓的“上诉不加刑”原则，要求在那些只有被告人一方提出上诉的案件中，二审法院绝对不能加重被告人的刑罚。一些主流的诉讼理论甚至认为，二审法院在此情况下也不能作其他不利于被告人的刑罚变更。一般的解释是，实行上诉不加刑原则，“可以消除被告人担心加重处罚而不敢提出上诉的顾虑，充分行使宪法和法律赋予的辩护权，而且他的法定代理人和辩护人、近亲属也不必担心加重被告人的处罚，而不敢提出上诉”。[62]对于这一观点，人们几乎都不会提出异议。但是，如果从“客观真实”、“有错必纠”的角度来看问题的话，那么，实行“上诉不加刑”的原则其实是典型的“有错不纠”，违背了认识论的基本精神。毕竟，二审法院如果发现一审判决真的在量刑上存在畸重畸轻的情况，以至于违背了刑法的规定，那么，按照实事求是的原则，二审法院就应该及时加以纠正，对判刑畸轻的“正确”地加重刑罚。可以说，完全站在“有错必纠”的立场上，就应该“实事求是”地对被告人上诉的案件加重处罚。但是，为什么刑事诉讼法还要保留这一鼓励二审法院“有错不纠”的原则呢？再举一个例子。中国刑法确立了犯罪追诉时效制度。按照这一制度，法定最高刑为不满五年有期徒刑的案件，经过五年期限后，有关机构没有提出追诉的，行为人就不得再受到任何形式的刑事追诉；法定最高刑为无期徒刑、死刑的案件，经过二十年的期限，有关机构没有

提出追诉的，行为人也不再受到任何形式的刑事追诉。与此相对应，中国刑事诉讼法也将“犯罪追诉时效”已经超过，作为法定不追究刑事责任的重要理由之一。一些刑法学者对此所作的解释是，追诉时效“符合刑罚的目的”，因为“某些犯罪分子实施犯罪行为后，由于某种原因，司法机关未加追诉。在一定期间内，如果犯罪分子在社会教育的影响下，已经改恶从善”，这从刑罚的特殊预防和一般预防的角度来看，都没有必要再对他进行追诉和加以惩罚。另外，追诉时效制度还有利于“司法机关集中精力打击现行的犯罪活动”，“有利于人民内部的安定团结”。[63]既然行为人后来被发现“事实上”实施了犯罪行为，那么，为什么在若干期限经过以后，侦查机构就不能再对其侦查、检察机关不能对其起诉、法院也不能再对其审判了呢？难道这不违背“客观真实”、“有错必纠”的基本精神吗？如果严格遵循实事求是、有错必纠原则的话，只要行为人的“犯罪行为”被发现，并有足够的证据加以支持，检察机关就可以将其提起公诉，法院也可以对其加以审判，甚至定罪判刑。而不论“犯罪行为”已经发生了多长时间。甚至为了显示对“事实真相”的彻底尊重，对于那些已经死亡的“犯罪人”，在其死后被发现实施了犯罪的，也应该加以定罪判刑。欧洲中世纪的宗教裁判所不就有对已死亡的异教徒采取“刨棺焚尸”的制度吗？看来，完全坚持所谓“客观真实”、“有错必纠”的原则，就无法理解为什么要实行上诉不加刑原则，以及为什么要建立刑事追诉时效制度。事实上，从现代法治的角度来看，国家制定并实施刑法和刑事诉讼法的根本目的，不是保证刑事追诉活动的顺利进行，而是对国家的刑事追诉活动施加诸

多方面的限制。刑法和刑事诉讼法本质上都具有“控制权力法”和“权利保障法”的属性。正因为如此，人们才将刑法称为“犯罪人的大宪章”，而把刑事诉讼法则称为“被告人之大宪章”。上诉不加刑原则恰恰是从禁止加重提出上诉的被告人刑罚的角度，来限制国家刑罚权的。毕竟，在这一原则发生作用的场合，公诉机关已经放弃了向上一级法院继续发动刑事追诉的权力，而被告人一方则从行使诉权的角度提出了普通救济的申请。在这种由被告人一方的上诉所引发的二审程序中，公诉机关显然站在维护一审法院所作定罪量刑判决的立场上。因此，作为专司司法裁判的法院，当然没有必要行使国家的刑事追诉权，也不得站在刑事追诉的立场上，作出使被告人不利的裁判。至于刑事追诉时效制度，则是从时间方面为国家刑事追诉权的行使确定了一个明确的界限。换言之，对犯罪行为的追诉，公共权力机构不能无休止地进行下去，而必须有一个确定的有效期限。超出这一有效期限，行为人纵然被证明是犯罪行为的实施者，国家刑事追诉机构也不能再发动追诉。所谓“事实上”的犯罪也无法再转化为“法律上”的犯罪。这种制度所体现的恰恰是国家刑事追诉权的节制，以防止个人因为同一行为而长时间地处于被追究的地位，也避免一个人的利益和命运因为一项行为而反复处于不确定和待判定的状态。很显然，不管是上诉不加刑原则、刑事追诉时效制度，还是刑法、刑事诉讼法中的其他一系列原则和制度，都只能从限制国家刑事追诉权的角度加以解释，才能获得其正当化支持。而“客观真实”、“有错必纠”原则所导致的，恰恰是国家刑事追诉权的恣意行使和个人法律安全感的彻底丧失。这一原则及其所支持的重复追

诉程序，或许能够起到一定的“不枉不纵”的效果，但其负面作用则是巨大的，对法治的破坏也是极为明显的。在“有错必纠”原则的支持下，检察机关可以证据不足为由，将已经起诉到法院甚至已经法庭审理完毕的案件加以撤回，然后再以同样或者变更后的罪名重新提起公诉；法院可以在检察机关指控的罪名不成立的情况下，自行判处被告人其他未经起诉、也未经法庭审理的新的罪名；法院可以对当事人未曾上诉、检察机关未曾抗诉的一审部分判决内容进行主动审查；二审法院可以事实不清、证据不足为由，将案件发回一审法院重新审判；法院和检察机关也可以原审判决“确有错误”为由，对一个已有生效裁判终结的案件发动再审……这些重复追诉行为有的是由检察机关实施的，有的则是由法院代为实施的。不论其表现形式如何，它们都导致被告人因为同一行为而受到两次、三次甚至多次重复的刑事追诉。甚至在一些极端的场合下，刑事追诉还会长期地反复进行下去，被告人根本无从判断自己因同一行为而遭受的法律危险何时才有终结之时。重复追诉所导致的刑事追诉权的恣意化，使得检察机关和法院不可能有正常的效率观念，也使得侦查机关难以在法治层面上面临真正的压力。结果，由侦查技术水平低下，侦查人员和公诉人员的非职业化，以及侦查游离于公诉之外等所导致的公诉质量低下问题，最终承受其消极代价的不是侦查人员、检察人员，而是被告人本人。可以说，轻易就可以发动重复追诉的现实，对那些专门职司刑事追诉的机构造成了一种恶性刺激。另一方面，重复追诉的普遍化还导致被告人因同一行为反复处于被追诉的境地。这种随意发生的重新起诉、发回重审甚至“官有悔判”情况，显示出被

告人不得不因同一行为而反复应对法院和检察院反动的法律追诉，并长期处于命运不确定和待判定的状态。这种情况所导致的，实际是国家公共权力机构“没完没了”的法律追诉，防不胜防的法律威胁以及持续不断的法律危险。（二）程序正义的牺牲在“有错必纠”原则的支持下，法院与检察机关一道，承担起发现“客观真实”、纠正事实和法律错误的使命。于是，本来应当成为司法裁判者的法院，却以“变更罪名”、“全面审查”、“纠正错误”为名，从事起刑事追诉的活动，以至于成为事实上的公诉机关。或许，法院在一些个案中通过重复追诉，避免了一些真正有罪的人逃脱法网，但却在相当程度上丧失了中立性、超然性，并使得程序的正义受到牺牲。法院在一审和二审阶段都存在变更罪名问题。这种对起诉指控的罪名或者一审法院判定的罪名的变更，所导致的是一个未经起诉、未经被告人一方进行有效防御、未经法庭质证和辩论的新罪名，被法院强加给被告人。这一新罪名的认定，或许更加符合罪刑法定、罪行相适应的原则，却剥夺了被告人有效地参与该判决制作过程的机会，使得变更起诉带有强烈的补充追诉意味。在一审程序中，检察机关在案件证据不足、胜诉无望的情况下，提出撤回起诉的要求，法院经常以裁定的方式予以准许。而在检察机关对同一被告人的同一行为再次提起公诉时，法院也会轻易地予以接受。在这里，提起重复追诉的尽管不是法院，而是检察机关，但法院本身却成为检察机关任意实施重复追诉的协助者。可以说，由反复撤回起诉和重新起诉所导致的重复追诉问题，既是检察机关公诉权滥用的结果，也是法院未能维护公平游戏、公平竞赛所直接造成的。在二审程序中，法院对当事

人未曾上诉、检察机关未曾抗诉的判决内容，也主动进行所谓的“全面审查”，从而陷入“不告而理”的境地，违背了司法裁判的被动性原理，也丧失了基本的中立性和超然性。既然对于一审判决某些内容，控辩双方都没有提出异议，也都坦然接受，那么，法院自行发动起对这些部分的重新审查，这岂不是主动发动诉讼吗？在二审程序中，二审法院发现案件“事实不清”、“证据不足”的，不是直接改判无罪，而是撤销原判，发回重新审判。这既明显违背了无罪推定的原则，使得那些检察机关没有将自己的指控证明到法定最高标准的案件，又重新成为审判的对象。二审法院发回重审所导致的，往往是一审法院的补充调查，甚至案件由法院往检察机关甚至公安机关的一再退回补充侦查。在国家刑事追诉体系中，法院事实上成为其中的一个链条和环节。这最终所带来的是法院中立裁判者的彻底丧失，以及法院审判“异化”为刑事追诉活动的格局。最后，法院以生效裁判在事实或法律上“确有错误”为名，主动发动“审判监督程序”，将已决案件主动纳入再审程序。这既有着明显的“不告而理”的意味，违背了司法裁判的被动性原理，也导致法院成为直接发动再次追诉的机构。尤其是法院发现原审判决所作的无罪判决“确有错误”，或者发现原审判决量刑“畸轻”的，都可以主动发动再审程序。这种以将被告人治罪或者加重刑罚为直接目的的再审，或许会纠正个案中的一些“错误”，却直接使法院处于刑事追诉者的地位，从而代替检察机关从事公诉职能。况且，在一个判决已经发生法律效力，甚至已经处于执行过程的案件而言，法院不惜冒着损害司法威信、任意悔判的风险，而去对同一公民的同一行为再次发动刑事

追诉。这无论如何都与司法的中立性和超然性背道而驰。看来，所谓的“客观真实”、“有错必纠”，终究不过是一种表象和神话罢了。它们以一种哲学完美主义的名义，掩盖了国家刑事追诉权的恣意行使，导致法院司法权威的丧失和程序正义的牺牲。

（三）诉讼形态的虚置化 刑事诉讼究竟是不是一种诉讼形态？对于这一问题，可以从应然和实然两个层面上加以解释。从一种略带理想色彩的视角来看，刑事诉讼应当被构建成为诉讼形态，也就是刑事追诉机构与被告人个人在司法裁判者面前进行的一场理性的抗争。不建立这样的形态，刑事诉讼将会变成赤裸裸的镇压和惩罚活动，而不具有基本的公正性。但从中国刑事立法和司法实践的情况来看，刑事诉讼在很多方面都还不具备最起码的诉讼形态。刑事追诉的反复发动，以及法院与公诉机关以不同方式发动重复追诉的现实，显示出中国刑事诉讼还很大程度上还只是一种“强强联合对付弱者”的镇压活动，而不具有裁判者保持中立、控辩双方平等对抗的基本诉讼态势。在法庭审理已经进行甚至业已结束之后，检察机关随意性地撤回起诉，将案件退回侦查机关补充侦查，然后再对被告人的同一行为重新提起公诉，这体现了刑事追诉机构的超强势化，显示出犯罪嫌疑人、被告人在刑事追诉机构面前所处的任人宰割的境地。事实上，在任何诉讼活动中，原告有什么资格因同一行为而反复对被告提出起诉呢？尤其在原告胜诉无望的情况下，为什么还要容忍他长期地将被告人置于被追究的境地，使其财产、自由甚至生命反复处于不确定和待判定的状态呢？法院不论在一审阶段还是二审阶段，都可以在法庭评议阶段直接变更起诉的罪名。这种以“客观真实”、“有错必纠”名义

实施的重复追诉行为，说明法院对被告人同一行为的定罪量刑，完全可以不经过法庭审理程序就自行作出有关的结论。对于被告人被强加的新的罪名而言，这哪里经过法庭上的质证和控辩双方的辩论了呢？这种在法庭评议阶段所发生的自行变更罪名现象，岂不是将所有有关法庭审判的程序全部都规避了吗？检察机关对几乎所有一审无罪判决，都可以实施法律监督的名义提出抗诉。这种从大陆法系国家移植而来的制度，显示出检察机关完全可以置自己本应具有的法律监督的角色于不顾，对于法院是否违背法律问题置之不理，而将自己完全定位为对立于被告人的诉讼角色。检察机关在这里几乎完全变为一种民事意义上的当事人，将获得法庭上的“胜诉”作为自己诉讼活动的唯一目标。表面看来，这似乎符合民事诉讼的形态。但是，刑事诉讼的本质却是解决国家与被告人之间利益争端的法律活动。赋予检察机关对无罪判决的抗诉权，就意味着它可以反复发动对被告人不利的刑事追诉活动，从而使被告人因同一行为而长时间地陷入被追究的困境。况且，检察机关的抗诉一旦提出，二审法院还必须以开庭的方式加以审理，而被告人提出上诉后，二审法院则未必开庭审理。这种将抗诉凌驾于上诉之上的做法，也表明检察机关通过抗诉来引发重新追诉活动，背离了诉讼形态的基本规律。二审法院对被告人未曾上诉、检察机关未曾抗诉的一审判决，也进行所谓的“全面审查”，这表明发动这种重新审查之诉的既不是被告人也不是检察机关，而是本应成为中立裁判者的法院。法院“异化”为诉讼发动者的事实，证明在对控辩双方没有异议的部分判决的重新审查方面，二审已经不再是一种诉讼活动，而演变为事实上的行政审查活动

。二审法院以“事实不清”、“证据不足”为由，将一审判决发回重新审判，并要求一审法院重新补充调查证据。这显然说明二审法院期待一审法院成为有罪证据的补充调查者，而不是跟着裁判者。这种反复进行的发回重新审判的情况，与法院退回检察机关补充侦查，甚至检察机关退回公安机关补充侦查一道，显示出法院与检察机关、公安机关实际都成为“惩治犯罪流水线”上的三个操作员，而不具有实质意义上的职能分工。可以想象，一审法院一旦被指令重新补充收集证据，那么，为此而进行的重新审判又有多少司法裁判的意味呢？最后，无论是法院还是检察机关，都可以生效判决“确有错误”为由，发动审判监督程序。这一方面体现了法院可以成为新的审判程序的启动者，甚至成为新一轮的刑事追诉发动者，另一方面也显示出检察机关在发动不利于被告人的再审方面具有异乎寻常的优势。这些都是对诉讼形态的彻底破坏。重复追诉的制度和实践，所导致的是刑事诉讼难以具备最低限度的“诉讼形态”。而在诉讼形态被虚置化的情况下，还可能有公平游戏和公平对抗的存在吗？（四）其他附带的问题 刑事追诉程序的反复启动，还造成诉讼办案期间的反复延长，以及犯罪嫌疑人、被告人所受羁押期限的相应延长。以本文开始所举的案例为证，法院在针对同一被告人的同一行为反复发动刑事追诉程序的同时，也导致刑事诉讼的期限大大延长了。在该案中，四被告人从1994年到2001年，四次被一审法院定罪判刑，案件连续三次被二审法院撤销原判、发回重审；而每次被发回重审后，一审法院都会将案件退回检察机关，而检察机关还会继续退往公安机关。在这种案件正向运转和逆向退转反复交替的过程中，整个诉讼

的结案周期实际被任意地延长。可以说，反复追诉所导致的往往是诉讼效率的低下和诉讼成本的大幅增加。与此同时，在诉讼期限大幅延长的同时，被告人的羁押期限也相应地延长了。正如笔者在以前所分析的那样，羁押在中国刑事诉讼法中不是一种独立的强制措施，也不经受任何形式的司法审查、司法授权，犯罪嫌疑人、被告人也不享有获得司法救济的机会。[64]而检察机关批准逮捕以后，未决羁押基本上成为逮捕所导致的一种剥夺嫌疑人、被告人人身自由的当然状态。结果，从审查起诉、一审一直到二审阶段，羁押期限几乎完全依附于诉讼办案期限。办案期限的延长也必然导致被告人羁押期限的相应延长。因此，无论是检察机关退回补充侦查、撤回起诉、重新起诉，还是二审法院撤销原判、发回重新审判，在带来诉讼结案期限的大幅延长的同时，也造成未决羁押期限的大幅增加。近年来引起社会各界关注的“超期羁押”问题，其实在一定程度上是由办案期限的大幅延长所造成的。而办案期限的延长，又与刑事追诉的反复发动有着极为密切的联系。

八、重复追诉之法律控制显然，“有错必纠”原则及其支持下的重复追诉程序，具有一些自身难以克服的缺陷。它们所导致的是国家刑事追诉权的滥用和被告人法律安全感的丧失，使被告人因同一行为而多次遭受被追究的危险。不仅如此，这种原则和程序还导致法官丧失其中立、超然的诉讼角色，使程序正义的价值受到牺牲，也造成中国刑事诉讼无法形成完整的诉讼形态。况且，在中国目前的诉讼制度下，重复追诉的随意化还使得被告人所受的羁押期限随着诉讼办案期限的延长而相应地延长，从而促成大量的被告人在较长时间内处于未决羁押状态的局面。可以说，

在法治原则越来越得到强调、公民权利和自由越来越受到尊重的背景下，“有错必纠”原则已经失去了正当化的基础，重复追诉的制度和实践也理应受到更加严密的法律控制。那么，究竟如何从法律上控制反复追诉问题呢？在笔者看来，简单地将重复追诉的制度加以废除和改变，固然是必要的，但是，如果不能在抛弃“有错必纠”原则的基础上，确立一种新的符合法治原则要求的理念，那么，重复追诉的实践还会以别的面目、并通过别的途径产生出来。因此，要为新制度的建立确立牢固的理论基础，就必须首先确立一种新的更加令人信服的理论。这一基础工作越是做得深入和全面，就越能在限制国家刑事追诉权方面发挥其“长治久安”的功效。下面的论述所显示的就是笔者在此方面的努力和尝试。（一）既判力理论的引入？大陆法中的既判力理论为传统的“一事不再理”原则提供了一种有限的解释。应当说，这种解释所着重限制的是对已生效裁判的重新追诉，尤其是禁止对那些业已被生效判决所确定的案件随意地发动再审程序。尽管这一解释更加强调诸如维护司法裁判的威信、保障法的安定性等问题，但它在客观上也使得国家的刑事追诉权受到一定的限制。例如，不利于被告人的再审要么受到彻底的禁止（如法国），要么受到一定的限制（如德国）。不仅如此，即便是那些有利于被告人的再审，也要在发动的理由、受理的法院、启动的程序等方面受到一定的限制，而不能随意性地提起。既判力理论对于法院判决确定力的范围也提供了富有启发性的解释。它与大陆法传统的诉讼客体（或诉讼标的）理论结合起来，对“同一案件”或者“同一追诉标的”的范围给出了确定的答案。例如，法国、德国的诉讼理论几乎

都认为，既判力所限制的是法院不得对生效判决业已确定的原被告人所实施的同一“犯罪事实”或“行为”，再行提起诉讼和进行审判。至于被告人以外的其他人以及原来受到裁判的“行为”以外的其他行为，法院当然有权受理检控方的起诉和进行法庭审判。又如，既判力所发生作用的范围只限于原被告人的同一行为，而不受原来所作法律评价的限制。因此，不论原来的生效裁判是以什么罪名作出裁判的，那种针对同一行为而发动的新的起诉和审判都将是被禁止的。无疑，在对已生效裁判的再审实施限制方面，既判力理论给出了一定的合理解释。这些解释对于解决中国的重复追诉问题，也是极具借鉴意义的。但是，与免受双重危险原则相比，既判力理论具有一个最大的局限性：只对裁判生效之后的重复审判发生限制作用，而无法对法院裁判确定之前的重复追诉行为提供有效的理论解决方案。具体来说，既判力理论对于检察机关的变更起诉和上诉行为，几乎是没有什么影响力和制约力的。结果，第一审程序以及上诉审程序中的重复追诉问题，在既判力理论的视野中是得不到真正的关注的。前面已作过分析，德国基本法是从禁止对同一行为重复追诉的角度，来解释一事不再理原则的。但是，德国刑事诉讼法典对这一原则又作出哪些具体的贯彻呢？且不说德国至今仍保留着不利于被告人的再审制度，就从第一审程序中检控方的变更起诉、对第一审裁判的上诉以及提起第三审上诉而言，重复追诉不仅没有受到禁止，而且还具有相当大的法律便利。于是，一些在既判力的理论视野中被忽视的问题就此产生了：检察官对无罪判决的上诉权是否应有所限制？检察官对起诉罪名的变更要不要有一时间上的限制？在第一审程序业

已结束之后，检察官还能再变更起诉吗？上级法院能否以据以定罪的证据不足为由，将案件发回下级法院重新审判……台湾的刑事诉讼理论曾深受德国法学的影响，其对既判力理论的接受就是一个明显的例证。但是，最近以来，一些台湾学者对此问题的反思，就足以使那些倡导引入既判力理论的学者加以慎重对待了。针对第三审的最高法院应担当什么样的法律角色问题，段重民教授在强调了它“不应该提供顾问式的意见，必须被动地等待具体个案形成争端案件才予以判决”之后，紧接着对既判力理论作出了评价：“若从一事不再理与禁止双重危险来看，一事不再理之理论原先之产生，系由判决既判力的角度出发，然而在现今的发展演进，则应由被告之角度，由禁止双重危险来解释一事不再理原则。禁止双重危险广义的解释下，法院判决被告无罪时，检察官即不能再上诉。“在不限上诉理由的情况下，实质上既已违反了禁止双重危险的原则；同一事件在上级审继续或重复为审理，如果我们以禁止双重危险的角度来诠释一事不再理原则，审级制度似乎即不应采取复审制与续审制。就此点而言，台湾地区与大陆刑事诉讼法的规定都不尽理想。”[65] 尽管这一议论是由一个台湾学者基于对本地区刑事诉讼的问题而发出的，但其中所包含的对既判力理论的反思，却具有一定的启发性。在笔者看来，从限制国家刑事追诉权的角度来理解一事不再理原则，以及从防止使被告人因同一行为而受到双重危险的角度，来控制重复追诉问题，应当成为既判力理论的发展方向。更进一步地追问：引入既判力理论能解决中国的重复追诉问题吗？事实上，如果说既判力理论对于中国再审制度的改革还有一定的启发意义的话，那么，诸如一

审程序中的撤回起诉后重新起诉、法院变更罪名、二审法院对未经上诉和抗诉的部分判决主动审查、对证据不足的案件发回重新审判等方面的问题，在解决的过程中将很难从既判力理论中直接获取资源。这些都是法院裁判尚未“确定”的情况下出现的问题，也都是检察机关和法院主动实施的重复追诉问题。既判力理论在引导我们妥善地解决这些问题方面，已经呈现出明显的局限性。看来，要解决中国的重复追诉问题，还需要引入其他方面的理论。

（二）免受双重危险原则的引入？应当说，在解决重复追诉问题上，英美法中的免受双重危险原则是具有相当大的启发性的。首先，这一原则将理论基础定位在限制国家刑事追诉权、防止公民因同一行为而受到双重危险方面。这符合刑事诉讼的本质特征，也切中中国刑事诉讼中重复追诉问题的要害之所在。在免受双重危险原则的影响下，只要一次刑事追诉行为已经实施，被告人业已遭受一次完整的因检控方提起公诉而引起的法律危险，那么，针对同一行为而进行的第二次追诉就将被禁止。因此，免受双重危险原则的适用所导致的是，在整个刑事诉讼中重复追诉的禁止。其次，对于第一审和上诉审中的重复追诉问题，免受双重危险原则给出了明确的解决方案。而这恰恰是既判力理论所不具备的优势。与大陆法国家几乎普遍承认检控方的上诉权包括对无罪判决的上诉权，允许上级法院以证据不足为由将案件发回重新审判的做法相反，英美法原则上禁止检控方对无罪判决提出上诉，禁止上级法院以证据不足为由，将案件发回重新审判。这种由禁止使被告人因同一行为而受到双重危险所引发的一系列制度设计，对于中国刑事诉讼中重复追诉问题的解决，显然更具有借鉴意义。

但是，英美法中的免受双重危险原则，是与其完备、公正的第一审程序相伴而生的。尤其是在实行陪审团制度与对抗式诉讼制度的情况下，控辩双方各自提交本方的证人，并对证人实施交叉询问。在整个事实裁判过程中，控辩双方激烈地进行质证和辩论，法官虽不参与双方的证据审查活动，却运用程序规则和证据规则，维持着双方的公平对抗。这种由陪审团负责认定指控事实是否存在的对抗式审判，使得案件事实问题得到较为彻底的审查。另一方面，在英美第一审程序中，基于无罪推定原则的严格要求，法律上对被告人无罪的推定免除了被告人证明自己无罪的责任，检控方始终承担证明被告人有罪的责任，并且还必须将被告人有罪这一点证明到“排除合理怀疑”这一最高的证明程度。而在这一点上存在的任何合理的怀疑，都将导致被告人无罪的裁判结论。正因为如此，英美法中才有一种强调“陪审团裁决的事实视为真实”的传统。在这一传统下，对检控方指控的事实问题进行裁判主要是第一审程序的功能。而上诉审所承担的更为重要的职能，不是对案件事实问题进行复审，而是针对法律适用和法律争议问题的事后裁决活动。可以说，这种将定罪与量刑程序截然分立的对抗式审判程序，强调民众参与司法的陪审团制度，以及以法律裁判为基础建立起来的上诉审制度，都为免受双重危险原则的确立奠定了坚实的基础。反观中国的刑事诉讼制度，第一审程序并不具备英美对抗式审判的基本特征，加之没有建立陪审团制度，使得第一审程序在审查事实方面的功能受到较大的削弱。当然，中国目前的第一审程序还存在着一系列的问题和缺陷，在此前提下讨论引入免受双重危险原则的问题确实有一些无法克服的障碍。[66]

不过，即使将来随着刑事证据法的通过，以及相关司法改革的推行，中国的第一审程序得到一定的完善和改革，这一程序在审查事实方面能否达到类似于英美陪审团审判那样的彻底程度，也是令人可疑的。毕竟，由职业法官主导下的法庭审判在全面审查事实方面具有一些天然的劣势。这也是大陆法国家为什么要建立较为完备的第二审、第三审程序的重要原因。事实上，只要第一审在事实审查方面的功能发挥得不彻底，上诉审就注定要承担一定的事实复审的职能。而在这种事实复审程序中，检控方以事实错误为由提出上诉审查的申请，以及上诉审法院以证据不足为由，将案件发回重新审判，几乎是不可避免的事情。另外，英美法针对生效裁判所建立的非常救济制度，对于纠正业已发生的误判情况具有一定的局限性。尤其在美国，由于高度强调陪审团认定的事实不容挑战，使得被判刑人只能在极为严格的条件下才有可能申请那种非常救济程序并获得成功。例如，被判刑人必须提出证据证明原审有罪判决本身以及在制作过程中存在重大的法律错误。而这一点对于那些有证据证明自己受到误判的被告人而言，显然是过于苛刻的。换言之，只要原审判决及其产生过程没有重大的法律瑕疵，那么，即便被告人确实有证据表明自己是被冤枉的，他也无法成功地启动非常救济程序。实际上，对陪审团裁断的事实问题原则上加以尊重是必要的。但无论如何，在尊重陪审团的裁断与纠正可能发生的重大事实错误发生冲突的时候，还是应当选择纠正重大的事实错误。毕竟，这种事实错误一旦后来被证实业已发生，陪审团所作的事实裁断如果再予以维持的话，就等于容忍了一种更大的非正义。因此，基于免受双重危险的原则，非常救济

程序固然不应包含有发动不利于被告人的再审的因素，但在旨在纠正被告人所受到的不公正定罪裁决方面，还是应当适度地放宽限制。（三）解决重复追诉问题的基本构想 对于中国刑事诉讼中重复追诉问题的解决而言，大陆法中的既判力原则与英美法中的免受双重危险原则都具有一定的局限性，这是显而易见的。不过，对于第一审和上诉审阶段的重复追诉问题，免受双重危险原则具有较大的启发性；而对于法院裁判生效之后的重新审判问题，既判力理论则可以提供一些理论上的灵感和动力。下面的论述旨在就重复追诉的法律控制问题提出具体的构想。

1. 终审判决前重复追诉的控制 应当说，在抛弃了极易导致重复追诉和多次追诉的“有错必纠”原则之后，对国家刑事追诉权的适用加以必要的限制，这几乎是毋庸置疑的结论。毕竟，刑法中的追诉时效制度都为国家刑事追诉权的行使划定了一个明晰的时间界限，而刑事诉讼法则应对国家就一项行为的追诉次数加以明确的限制，以防止公民因同一行为而受到多次或者重复的刑事追诉。那么，具体到法院终审判决形成之前的诉讼阶段，究竟如何对刑事追诉权的行使加以限制呢？考虑到审查起诉基本上属于公诉准备的活动，也是对侦查过程和结论的审查和补充，犯罪嫌疑人的行为还没有受到过任何形式的法庭审判，因此，这一阶段发生的诸如退回补充侦查、作出不起诉决定后重新起诉之类的“重复追诉”行为，不在本文所涉及的限制之列。不过，由于目前的未决羁押制度存在着一系列的缺陷，其中最为严重的莫过于从审查起诉阶段开始，未决羁押的期限与诉讼办案的期限几乎完全合而为一，因此，审查起诉阶段所发生的重复追诉行为必然导致犯罪嫌疑人所受到的羁押期

限会相应地延长。而要解决这一问题，就需要彻底改革未决羁押制度，构建一个独立于普通诉讼程序之外的针对羁押合法性的司法控制系统，使得犯罪嫌疑人的人身自由不因检察机关退回补充侦查或者重新发动起诉而受到长时间的官方剥夺。比如说，检察官超过法定诉讼期限仍然不能使案件具备提起公诉条件的，负责司法审查的法官就应当命令将犯罪嫌疑人立即释放，或者变更为其非羁押性强制措施。[67] 那么，在案件进入第一审程序之后，检察机关要求将案件退回补充侦查，或者作出撤回起诉决定的行为，应当受到哪些限制呢？在笔者看来，案件进入法庭审判阶段后，检察机关无权将案件退回补充侦查，但可以在法庭休庭或延期审理期间，尽快补充收集起诉的证据。法庭一旦容许检察机关将案件退回补充侦查，就意味着针对被告人的刑事追诉活动可以从法庭审理阶段退回到审查起诉甚至侦查阶段，从而导致被告人受到多次重复的刑事追诉。毕竟，在案件起诉到法庭之后，法庭所要做的就是通过展开法庭审理活动，就起诉书的指控是否成立问题作出权威的法律裁决。另一方面，在法庭审理过程中，法庭也不应允许检察机关将案件撤回起诉。因为案件一旦进入法庭审理程序，检察机关就应积极地提出证据，承担举证责任，通过证明被告人有罪，来推翻无罪推定，从而达到在法庭上“胜诉”的目的。如果检察机关以事实不清、证据不足为由撤回起诉，就意味着一个本来应当由法庭按照无罪推定的原则判决被告人无罪的案件，无法在法庭上获得权威的法律裁决。从而使被告人的命运、前途一直处于不确定甚至有待判定的状态。可以说，无论是在法庭上要求退回补充侦查，还是提出撤回起诉的要求，都意味着公诉权

的滥用，并导致被告人受到长时间的重复追诉。更为严重的问题是在法院作出撤回起诉的裁定之后，检察机关还能对一个已经撤诉的案件重新提起公诉吗？按照前面的分析，这种就已经撤诉的案件重新提起的公诉，无论是以原来的罪名提起，还是以变更后的新罪名提起，都意味着检察机关就被告人的同一行为发动了双重追诉。更进一步地说，在法庭审理过程中，检察机关提出变更起诉、追加起诉等方面的要求的，法院如果随时都作出准许的裁决，也都意味着被告人受到了双重的追诉。显然，在这一方面，检察机关作出的与重复追诉有关的活动，确实应当受到明确的法律限制。对于这一点，美国联邦法院以陪审团组成之时作为“双重危险”成立的标志，而各州法院则以第一个证人出庭作证或者第一份证据被提出之时作为类似的标志。此后发生的任何形式的重复追诉都被视为违背了避免双重危险原则。那么，对于中国刑事诉讼而言，所谓“双重追诉”应以何时为准呢？在这一方面，简单地照搬美国的制度是没有意义的。因为中国并没有建立陪审团制度，如果仅仅以法院合议庭组成之时作为双重追诉成立的标志，那么，这就意味着合议庭一经组成，审判长一经宣告当事人的诉讼权利，检控方也就不能再提出诸如撤回起诉、变更起诉、追加起诉之类的请求。这对于检控方的追诉活动而言，要求显然过于苛刻。在笔者看来，一次针对被告人某一行为的完整刑事追诉活动的结束，应当以检控方将全部证据提出于法庭之上，并履行了证明被告人有罪的责任为标志。这就意味着，整个法庭调查程序必须已经进行完毕，检控方也在法庭辩论阶段充分地表达了自己的指控意见。因此，在法庭辩论阶段结束之前，检控方的刑事追诉活

动实际还没有完成。检控方此时如果提出变更起诉、追加起诉等方面的请求，法庭应当准许。不过，检控方此时能否在撤回起诉后就同一案件再行提起公诉呢？笔者的答案是否定的。因为根据前面的分析，在案件进入法庭审判阶段之后，检控方提出撤回起诉的请求本身就违背无罪推定的原则，也极其容易造成刑事追诉活动的恣意化。既然撤回起诉本身都属于公诉权的滥用，那么，所谓撤回起诉后的再行起诉，当然是刑事追诉权的进一步恣意扩张的问题了。事实上，发生在法庭辩论之前的适当的重新起诉，应当是变更起诉和追加起诉，也就是使同一案件的法律评价主要是起诉指控的罪名得以变更的问题。对于这种变更或者追加，应当限定在法庭辩论结束之前也就是一次完整的刑事追诉活动终结之前进行。但即便如此，起诉的变更或者追加也不应使被告人的防御权因此受到损害，法庭也不得变相充当检控方的角色，而损害其中立裁判者的形象。[68] 在解决刑事诉讼中的重复追诉问题上，最困难的工作可能是重新确定上诉审的功能定位问题。与一些大陆法国家尤其是德国的制度设计相似，中国的上诉审大体上具有“事实复审”或者“事实续审”的特点。但这种针对第一审法院认定的事实所进行的重新审判，必然使上诉审法院处于一种极为尴尬的境地：不得不对检控方指控被告人构成犯罪的的事实进行再次重复的审查。尤其是，上诉审法院一旦拥有对被告人是否构成犯罪这一事实进行重新审查的权力，那么，检控方就第一审法院所作的无罪判决提出复审申请，也就成为理所当然的了。不仅如此，负有继续“发现事实真相”责任的上诉审法院，如果在上诉审程序中发现案件事实认定存在问题、据以认定被告人有罪的证据不

足的，也会毫不犹豫地将案件发回原审法院重新审判。这一系列同时为中国和一些大陆法国家法律所认可的重复追诉现象，却在实质上造成了重复追诉行为的发生，使得被告人因同一行为而受到多次被追究刑事责任的危险。在笔者看来，考虑到刑事诉讼实际是国家与被告人个人展开的理性对抗，属于强者与弱者之间的一种特殊讼争，因此，代表国家和社会利益的检察机关在行使刑事追诉权方面必须受到适度的限制，而不能像民事诉讼中的原告那样，可以与被告方“完全平等”地就一审裁判发动复审程序。只有这样，才能使处于弱者地位的被告人真正从实质上而不只是形式上受到与刑事追诉方平等的对待。基于这种“天平向弱者倾斜”的思想，刑事诉讼中的上诉审应当逐渐从目前的“事实复审”走向“权利救济”，检控方的上诉权也应逐步受到较大的限制和削弱。具体说来，这一思路可包含以下几个方面的要素：第一，对于第一审法院就检控方起诉指控的事实问题，只允许被告人提起上诉，检控方不得以提出上诉或者“抗诉”的方式发动复审程序。由此，第一审法院所作的无罪判决，不应成为检控方提起上诉或“抗诉”的对象。在这一思路的指引下，上诉审应当成为旨在为被告人提供更加充分的参与机会的普通救济程序。第二，对于第一审法院在审判过程和审判结果上涉及到的法律适用问题，检控方有权提出上诉而不是所谓的“抗诉”。在这一方面，控辩双方可以拥有平等的上诉机会。不过，检控方就一审法院适用法律问题提出的上诉，所引发的只能是上诉审法院就案件法律适用问题的复审，而不得导致上诉审法院对事实问题的重新审判。第三，建立在“有错必纠”基础上的“全面审查”原则，应当受到彻底废

止。无论是从禁止重复追诉的角度，还是从贯彻不告不理原则的角度出发，法院都只能基于控辩双方的上诉范围来从事上诉审活动，而不得就那些未经控辩双方提出异议的问题进行重新审判。否则，上诉审法院超越控辩双方上诉、抗诉范围，变相从事重复追诉的现象就将永远难以终止。第四，基于无罪推定和免受双重危险的原则，上诉审法院遇有据以认定被告人有罪的事实不清楚、证据不足的情况的，应当经过法庭审理活动，直接确认检控方指控的犯罪不能成立，无罪推定没有被推翻，因此作出被告人无罪的判决。这是解决中国目前几乎达到普遍化的上诉审法院无限制地发回重新审判问题的必由之路。看来，解决上诉审程序中重复追诉问题的关键点，在于将上诉审界定为普通救济程序，并在此基础上对中国的上诉制度进行全面的改造。否则，中国的刑事二审程序就将难以走出重复追诉的恶性循环。

2. 判决生效后重复追诉的控制

在法院终审裁判发生法律效力之后，如何防止检控方和法院对被告人的同一行为继续实施刑事追诉呢？这涉及到刑事再审程序的重新设置和中国的“审判监督程序”的彻底改造问题。应当说，改革中国刑事再审程序的根本出路，在于抛弃“有错必纠”原则，确立免受双重危险原则。如果说英美法对第一审和上诉审程序就提出免受双重危险的要求，确实有些苛刻的话，那么，针对被告人实施的已经有生效裁判作出终局结论的同一行为，再怎么强调禁止重复追诉，都是毫不过分的。毕竟，在法院判决已经发生法律效力、曾经启动的刑事追诉程序已经终结的情况下，再对被告人的同一行为发动刑事追诉活动，确实会导致国家刑事追诉权的恣意行使。在这一方面，大陆法中的既判力理论可以在一

定程度上提供合理的理论指引。但是，既判力理论更多地是从维护国家司法权的权威和保证法律的安定性等方面加以解释，而忽略了防止国家刑事追诉权滥用方面的重要性。因此，毫不奇怪的是，在理论上高度强调法院裁判的确定力和既判力的德国学者，面对该国刑事诉讼法典所确立的不利于被告人的再审制度，可能导致的刑事追诉权的滥用问题，并不能给出明确的理论解释和恰如其分的理论评价。事实上，正如本文屡次指出的那样，一事不再理作为一种制度设计，必须从原来的既判力理论的影响下逐渐解脱出来，而建立在免受双重危险原则的基础之上。也就是说，必须在强调司法威信和法律安定的观念之外，引入保障公民权、抑制刑事追诉权的理论成分，使一事不再理获得新的生命力。这样，刑事再审程序的功能就可以远离所谓的“审判监督”，而真正被定位在“非常救济程序”上面。换言之，刑事再审应当成为使被告人权利得到特别的司法救济的活动，而抛弃其任何形式的重复追诉的色彩。由此，所有以使无罪被告人受到有罪裁判、使有罪被告人受到更加严厉惩罚的“不利于被告人的再审”，都应当彻底废止。只有在这一基点上讨论问题，才有可能彻底解决判决生效后的重复追诉问题。由此出发，我们可以就中国刑事再审程序的改革提出以下几个基本意见：第一，任何一级法院都不得就任何生效案件主动发动刑事再审程序。应当逐渐构建刑事案件审查委员会这样的再审复查机构，专门接受当事人的再审申请，并在进行调查的基础上，作出发动再审的决定。该委员会一旦作出这种决定，就可以将案件向专门的法院提出再审的申请，后者在接受申请的基础上，才能从事刑事再审活动。第二，任何一级检察机关

都不得以生效裁判“确有错误”为由，向法院提起所谓的“抗诉”。检察机关要引发刑事再审程序，就必须基于案件存在重大的法律适用错误，以纠正这种法律错误为目的而进行。而且，这种以纠正原审裁判法律错误为目的的再审一旦启动，法院就只能作出纠正法律错误的重新裁判，而不得使被告人受到更加不利的对待。另一方面，对于原审法院所作生效裁判存在量刑畸轻或者错误地作出无罪判决等方面的情况的，检察机关无权提出再审的申请。为达到上述效果，提出再审申请的检察机关只能是省级检察机关和最高检察机关。

第三，原审被告人有权为维护自己的权利而提出再审申请。这种申请没有时间的限制，并可以基于事实认定的错误和法律适用的错误来提出。为防止被告人滥用再审申请权，基于事实错误而提出的再审申请，可以限定为以下理由：一是原来负责审判本案的法官、陪审员在审判过程中存在职务上的犯罪，并有法院生效裁判加以终局认定的；二是原来被据以认定被告人有罪的证据的可靠性存在重大疑问的，如原来的控方证人、鉴定人被生效裁判认定作了伪证，原来的关键物证、书证被认定属于伪造等；三是有新的证据和事实表明原来的有罪判决不能成立；四是原来用来证明被告人有罪的证据，后来被发现存在重大的矛盾和明显的疑问的。至于法律适用方面的错误，则可以包括实体法律适用的错误和程序法适用方面的错误。

第四，负责受理再审申请的法院只能是高级法院和最高法院。为在启动再审程序方面显示格外的慎重，并使得原审被告人获得有效的特别司法救济，负责再审的法院必须是具有较高审级的法院。有鉴于此，生效裁判如果是由基层法院或中级法院作出的，负责再审的法院应当为高

级法院；终审裁判如果是由高级法院作出的，负责再审的法院则应为最高法院。九、结论：国家刑事追诉权的适度限制在前面的论述中，笔者就解决中国刑事诉讼中重复追诉的问题提出了一些理论构想。这些构想涉及到一审程序中法院的非追诉化问题，也牵涉到二审程序和再审程序的重构等一系列的重大理论命题。按照前面一直坚持的理论思路，国家的刑事追诉权在行使次数上应受到更加严格的法律限制。这是解决中国重复追诉问题的理论基点。为什么要对国家的刑事追诉权从法律上加以限制呢？可以说，这是整个刑事法学都不可回避的基本理论问题。要回答这一问题，我们就必须从控制国家公权力这一角度开始讨论。表面看来，刑事诉讼是国家“打击犯罪”、“镇压犯罪”、“控制犯罪”和“惩治罪犯”的活动，其终极目标是在实现控制犯罪的基础上维护社会秩序的安定。当然，后来的中国学者受美、日等国学者的影响，引入了保障人权和正当程序的观念，并试图以此来平衡诸如“控制犯罪”之类的国家目标。[69]但是，简单地将“控制犯罪”与“保障人权”，甚至将“实体真实”与“正当程序”等相互矛盾的说法并列在一起，固然有助于人们从过去那种赤裸裸的国家暴力镇压和行政治罪等刑事诉讼观念中解脱出来，却无法为人们提供一种有关刑事诉讼性质和目的的完整解释。事实上，所谓的“控制犯罪”当然还可以有其他一系列的说法不过属于国家刑事追诉机构通过刑事诉讼所要达到的目标。但是，正如民事诉讼中原告所要获得的胜诉的目标一样，它怎么可以成为整个刑事诉讼所要达到的目标呢？换句话说，对犯罪的镇压和罪犯的惩治是警察、检察官等国家刑事追诉官员所要致力实现的目标，也就是刑事

诉讼中的“原告”这个词可能会引起中国警察和检察官的异议所要获得的胜诉目标。假如将它作为整个刑事诉讼的目标的话，那么，作为司法裁判机构的法院岂不就应放弃所有追求“司法公正”的努力，而甘愿成为国家刑事追诉机制中的第三道环节了吗？这一点尽管已经被中国目前的刑事司法制度所实践，但却是任何一个理性的观察者和研究者所绝对不可接受的。假如我们还持有一丝最起码的现代诉讼观念的话，刑事诉讼作为将国家刑事追诉活动纳入诉讼轨道的一种国家活动，当然应当容忍法院成为司法裁判者，而不能是刑事追诉者。否则，在警察、检察官与法官全都刑事追诉化的情况下，我们的刑事诉讼与纠问式制度又有什么本质区别呢？如果我们承认法院的司法裁判者地位，并接受法院的非刑事追诉化角色，那么，将“惩治犯罪”之类的话语加诸刑事诉讼身上就不合适了。因为在司法裁判者存在的情况下，国家刑事追诉机构与被告人个人就必须进行一场理性的对话、协商和辩论；警察、检察官经过侦查和审查起诉所认定的被告人有罪的结论，也就不具有先天的权威性；检察官只能变成定罪的申请者和建议者，而作为决定者和裁判者的只能是法院。在法官面前，刑事追诉机构只能作为控诉一方，与作为辩护一方的被告人、辩护人展开举证、质证和辩论。以上主要是就法庭审判的角度来论述刑事诉讼性质的。但即使是刑事审判前的侦查活动，也应设立专门的司法官员，就所有可能导致公民人身自由、财产和隐私等基本权益受到官方剥夺的强制性侦查行为，实施及时的司法授权和司法听证，并为那些被侵犯权益的公民提供有效的司法救济。否则，在一个没有中立第三方参与的审判前程序中，侦查注定会“异化

”为赤裸裸的行政治罪和军事镇压活动，而不具有“诉讼活动”的基本特征。在司法裁判者面前，刑事追诉机构与犯罪嫌疑人、被告人的地位和分量是不可同日而语的。由警察、检察官组成的国家刑事追诉者，在提起诉讼和取得诉讼成功方面具有先天的优势：他们拥有国家的强制侦查权，拥有一系列调查装备、技术、人力，也可以直接使用纳税人的税金。甚至在调查取证方面，警察、检察官还可以直接将作为“当事人”的犯罪嫌疑人、被告人采取刑事拘留、逮捕、羁押、通缉、搜查、扣押、窃听、监视居住、取保候审、拘传等强制性手段，还可以直接提取嫌疑人、被告人身体的一部分作为标本来实施科学鉴定。相反，处于国家刑事追诉对象的嫌疑人、被告人，只能使用个人的财力委托辩护人，来与国家刑事追诉机构进行抗争。这种控辩双方所处的天然不平衡状态，要求国家在建构刑事诉讼法的时候，必须考虑如何通过程序上的重新安排，为那些处于弱者地位的嫌疑人、被告人提供一些必要的特殊权利，并给警察、检察官施加一系列必要的特殊义务，从而促使控辩双方在一个理性的氛围中进行平等的对话。可以说，作为司法裁判者的法院，不仅要维持控辩双方形式上的诉讼对抗，而且还要遵循“抑强护弱”的原则，维持控辩双方的“公平游戏”和“平等武装”，使国家刑事追诉机构与被告人个人有一个平等对话的基本条件。这一点，是现代刑事诉讼制度赖以存在的基础。基于上述分析，我们可以将刑事诉讼视为国家刑事追诉机构与嫌疑人、被告人进行理性抗辩的活动，而刑事诉讼法不过是为这两种特殊的控辩双方相互间的对话，提供了一种制度保证而已。当然，这种制度保证因刑事诉讼法质量的不同而有高下之

别。在一个理性的刑事诉讼中，国家刑事追诉权受到了一系列诉讼程序上的限制，而嫌疑人、被告人作为国家刑事追诉的对象而受到特殊的保护。如果不这样的话，刑事诉讼的“诉讼形态”就会连同控辩双方的理性对话、平等武装等一起，彻底失去存在的基础。实际上，中国刑事诉讼中的重复追诉问题，可能是在一系列因素的综合作用下造成的。但是，国家刑事追诉权近乎恣意化的行使，法院作为司法裁判机构所具有的追诉化倾向，以及嫌疑人、被告人地位的非当事人化，却是形成这一现状的重要制度原因。而要解决这一问题，走出这一困境，就必须引入“国家刑事追诉权适度限制”的观念，使得针对同一被告人的同一行为的刑事追诉活动，不仅在时间上受到限制，而且要受到次数的约束。由此，就需要在对既判力理论和免受双重危险原则以及一系列相关制度实践进行审慎考察的基础上，对重复性的刑事追诉行为施加诸多的限制。形式上看，对国家刑事追诉权的限制会导致“真正的犯罪人”逃脱法网，使得一些“事实上有罪的人”无法受到法律的惩治，但是，重复追诉问题的解决却可以确保社会中的各一个人都拥有不受国家刑事追诉机构任意、无限发动追诉的特权，从而使其法律安全感得到切实的维护。如果没有这种基本的法律安全感，那么，任何公民都可能成为潜在的嫌疑人、被告人，也都会面临国家刑事追诉机构永无休止的羁押和没完没了的起诉，其前途、命运和地位将长期处于不确定和待判定的状态。在这样的社会中，纵然犯罪得到有效的惩治，社会秩序得到牢固的控制，公民也享有一定的社会安全感，但社会正义和人类文明却将不复存在。文章出处：法律思想网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直

接下载。详细请访问 www.100test.com