

刑事诉讼法学研究的转型

——以刑事再审问题为例的分析

王敏远*

内容提要：我国以往关于禁止双重危险原则的研究表明，刑事诉讼法学研究需要转型。刑事诉讼法学研究的转型首先要确定方向，即遵循刑事诉讼的发展规律，坚持刑事诉讼中“不能放弃的原则”，批判错误的观点，以避免在转型时转向。在此基础上，应当正面应对将禁止双重危险原则引入我国刑事再审制度时所面临的复杂因素。在我国的立法和司法历来尊崇“实事求是、有错必纠”的背景下，不仅需要论证禁止双重危险原则在刑事再审制度中更具有正当性，而且在刑事再审制度中引入禁止双重危险原则时，注意不同的法治发达国家的刑事再审制度的特点及共性，在借鉴时应当力求“阻力最小”，以逐步完善我国的刑事再审制度。

关键词：刑事诉讼 研究转型 再审 禁止双重危险

“科学不仅能够进步，而且在她进步时，能够改变思路”。〔1〕当科学研究到了“改变思路”的时候，通常意味着研究的转型。在这个意义上可以说，在一定的阶段，研究的转型既是科学研究的进步的标志，也是继续进步的前提。改革开放以来，我国的法学研究在进步的过程中，已经发生了不止一次的转型。现在法学研究的转型已经成为学术研讨会的主题，法学的不同学科对研究转型问题都有话说，说明我国目前的法学研究已经到了需要通过转型以寻求发展的阶段。

所谓法学研究的转型，可以在两个层面理解，一是基本观念的转变，二是研究方法的改变。不论是否基于自觉，学术研究的转型通常是因为原有的研究难以为继。而原有的研究难以为继，应是指原有的基本原理、原来的研究方法，不能有效地应对新的问题，难以完成理论应承担的使命。这种局面的出现，或者是因为基本原理需要补充甚至更新，或者是研究方法需要调整。对于我国现在的刑事诉讼法学来说，这两种情况同时存在，因此，笔者认为，刑事诉讼法学研究也面临着转型的问题。在此，试以刑事再审〔2〕问题的研究为例，对我国刑事诉讼法学研究的转型问题进行分析，以期有助于推动刑事诉讼法学研究的转型。之所以选择刑事再审为例进行分析，是

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

本文的一些观点笔者在中南财经政法大学召开的“法学研究转型问题研讨会”（2011年8月中旬）上发言时作了简要表述。

〔1〕〔美〕埃斯克·阿西莫夫：《不羁的思绪》，江向东、廖湘或译，上海科技教育出版社2009年版，第191页。

〔2〕我国的刑事再审程序，按照刑事诉讼法的规定应称为“刑事审判监督程序”。在此，为简化之需要，笔者将其称为刑事再审。

因为我国刑事再审这个疑难问题的研究，典型地反映了学术研究需要转型以及在转型中应当特别注意的问题。需要说明的是，本文重点围绕刑事诉讼法学研究的转型问题，因而不是对刑事再审问题的系统研究。

一、30年来我国刑事诉讼法学关于再审问题研究的两个阶段

以1979年颁布刑事诉讼法为起点，我国构建了较为完整的刑事再审制度。从刑事再审制度的结构来看，1996年修改刑事诉讼法之后，虽然增加了一些内容，但基本未发生变化。然而，实践情况却发生了很大的变化。这种变化虽是悄然发生的，但却十分醒目。从数量上来看，上个世纪80年代，全国每年的刑事再审案件大多在6位数，并呈逐渐下降的趋势；到90年代，已降到每年5位数；新世纪以来，全国刑事再审的案件仅4位数；2003年以来，全国每年的刑事再审案件均未超过4千件，最近两年甚至不足3千件。如果对比30年来全国刑事案件总数逐渐增加的情况，刑事再审案件所占比率下降的趋势就更加明显了。从再审的结果看，经再审改判的情况也在逐渐减少。2000年以来，我国刑事再审案件的改判率许多年未超过40%。^{〔3〕}

我国刑事诉讼法学界对刑事再审问题的研究的变化，同样醒目。从上世纪80年代初到90年代后期，我国刑事诉讼法学界对刑事再审均予以正面解读。学界的通说认为，我国的审判监督程序，从审查范围的全面性，申诉权利的广泛性，监督职权的普遍性等方面来看，对于纠正已经发生法律效力判决、裁定中的错误，采取了职权主义的、主动的态度，同那种所谓的“官无悔判”、“法言难改”的资产阶级法学观点是完全不同的。^{〔4〕}“忠实于事实真相，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，但一经发现确有错误，不论是在认定事实，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，从而使无辜受罚者得到平反昭雪，轻纵的罪犯受到应得的惩罚，这就从法律程序上有力地保证这一方针的实现。”^{〔5〕}

自1998年我国签署《公民权利和政治权利公约》（以下简称《公约》）以来，其中明确规定的“禁止双重危险”原则逐渐被学界认识和肯定。鉴于我国司法实践中长期存在的通过再审作出对被告人不利判决的做法，与禁止双重危险原则明显不符，刑事诉讼法学界对我国刑事再审制度开始质疑甚至批判。学界越来越多的人主张应理性地对待“实事求是、有错必纠”的指导思想，认识到其在刑事再审中的局限性，应使其与司法公正、人权保障、程序的安定性等现代化的司法理念相结合，以指导刑事再审程序的改革。^{〔6〕}以“禁止双重危险”原则为基础完善或重建我国刑事再审制度的观点，逐渐成为理论界的主流观点。

在前述的第一阶段，理论界对刑事再审制度的讨论，大多局限于解释何为需要再审的认定事实、适用法律“确有错误”的情况。此时，刑事诉讼法学理论对刑事再审的研究，主要是解读、解释法律的规定。而在第二阶段，理论界对刑事再审制度的研究，因为引入了禁止双重危险的理

〔3〕 详见相关年份的最高人民法院公报、最高人民法院、最高人民检察院历年向全国人大所作的工作报告以及法律年鉴等。

〔4〕 参见陈光中主编：《中国刑事诉讼程序研究》，法律出版社1993年版，第334页。

〔5〕 陈光中主编：《刑事诉讼法学》，中国政法大学出版社1996年版，第420页以下；另参见卞建林主编：《刑事诉讼法学》，法律出版社1997年版，第423页以下。

〔6〕 有代表性的论文如陈光中、张建伟：《联合国〈公民权利和政治权利国际公约〉与我国刑事诉讼》，《中国法学》1998年第6期；陈瑞华：《刑事再审程序研究》，《政法论坛》2000年第6期；谢佑平、万毅：《一事不再理原则重述》，《中国刑事法杂志》2001年第3期；张毅：《禁止双重危险规则与中国刑事再审制度改革论纲》，载陈光中主编：《刑事再审程序与人权保障》，北京大学出版社2005年版；沈德咏、江显和：《刑事再审制度改革的理性思考——以一事不再理原则为视角》，《人民司法》2006年第5期等。

念,并据此评判我国现行刑事再审制度、提出完善再审制度的建议,而具有了引导制度变革的功能。虽然我国刑事诉讼法所规定的再审制度尚未因此而发生改变,然而,这种努力也并不是毫无成效。2001年底最高人民法院颁布的司法解释要求除人民检察院抗诉的以外,再审一般不得加重原审被告人的刑罚。^{〔7〕}这可以视为司法实务对理论研究的一种回应。

二、刑事再审制度研究面临的疑难

我国以往关于刑事再审的立法与禁止双重危险原则的要求相距甚远。从正在全国人大常委会审议的刑事诉讼法修正案的内容来看,也未将禁止双重危险原则作为完善再审制度的依据。司法实践的情况则较复杂。一方面,上个世纪80年代因纠正冤假错案和“严打”的需要而大规模进行再审的情况已经成为历史,通过刑事再审对被告人加刑的做法也不再是无可争议的做法;另一方面,即使是最高人民法院也在其再审审判中加重对被告人的刑罚,完全无视理论界关于禁止双重危险原则的呼吁。^{〔8〕}至于地方法院,这种情况更难以避免。^{〔9〕}

这样做尽管完全符合我国现行刑事诉讼法的规定,但与禁止双重危险原则明显冲突。对于肩负着引导我国刑事司法、立法趋于完善的责任,而不仅仅是为现实辩护的刑事诉讼法学理论来说,如何应对这种情况,面临着疑难。对于刑事诉讼法学界来说,主张以禁止双重危险原则为基础重构刑事再审制度,既有应当解决的疑问,也有需要克服的困难。笔者认为,虽说困难可能更加明显,但解决疑问是理论界需要承担的责任。

按照《公约》的规定,禁止双重危险原则被表述为“任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪者,不得就同一罪名再予审判或惩罚”。该原则被认为旨在通过制约刑事追诉以保障人权。基于该原则重点在于从保障人权的角度维护生效裁判的稳定性,即使其轻判甚至完全放纵犯罪,也不能对其再次审判,^{〔10〕}因此,与我国“实事求是、有错必纠”的政策及民众的普遍意愿的冲突十分明显。这使禁止双重危险原则目前很难在学术界之外得到认可。但这个困难应该只是暂时的。随着社会的发展和讨论的增多,人们对于禁止双重危险的人权保障价值的认识、理解,必将会促进对该原则的认同。

然而,疑问在于,究竟应该如何重构我国的刑事再审制度?如果以禁止双重危险原则为基础重构我国的刑事再审制度,那么,在民众对其尚不认同的前提下,如何解决该原则与我国“实事求是、有错必纠”的政策及民众对于纠正错案的普遍意愿的冲突?此其一。其二,同样是信奉禁止双重危险原则,大陆法系国家和英美法系国家的刑事再审制度却差异极大;即使同为大陆法系国家,法国与德国的刑事再审制度的差异也十分明显。^{〔11〕}那么,我国应当如何借鉴这些不同的立法例呢?

相对于“早期”刑事诉讼法学理论只是解读、解释刑事诉讼法的规定,近十几年来理论界以

〔7〕 2001年12月,最高人民法院颁布了《关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定(试行)》(2002年生效),其中第8条规定,除人民检察院抗诉的以外,再审一般不得加重原审被告人(原审上诉人)的刑罚。

〔8〕 例如2003年最高人民法院直接启动再审程序并改判刘涌死刑立即执行,而该案已经由辽宁省高级人民法院二审作出生效裁判,判处刘涌死刑缓期两年执行。

〔9〕 例如,云南省高级人民法院2011年7月决定对李昌奎案进行再审。李昌奎已由该院于2011年3月二审改判为死刑缓期两年执行。基于这次再审与网络舆情的关联,据报道,再审的结果就是加重对李昌奎的判刑——判处死刑立即执行。估计最高人民法院会予以核准。

〔10〕 显然,该原则对于纠正冤假错案并无禁止之意。

〔11〕 已有研究者对一些有代表性的不同国家的刑事再审制度的差异进行了分析。参见张毅:《刑事诉讼中的禁止双重危险规则论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第239页以下。

译介法治发达国家的刑事诉讼法学理论和立法例为基础，致力于推动我国刑事诉讼法学理论的发展、刑事诉讼法律制度的完善，显然是我国刑事诉讼法学理论发展过程中一次具有积极意义的转型。然而，这样的研究现在已经遇到了瓶颈——法治发达国家的刑事诉讼法学理论和立法例难以为解决我国现实的问题提供现成的答案。关于刑事再审问题的研究就是一个典型的例子。我们现在所遇到的这些问题难以通过译介法治发达国家的刑事诉讼法学理论和立法例直接予以解决，而需要我们考量更多的因素，进行深入研究。

因此，准确译介法治发达国家的刑事诉讼法学理论和立法例虽然仍是理论界的责任，但就研究完善我国的刑事诉讼法律制度而言，更紧迫的任务是独立的研究。为此，刑事诉讼法学研究的转型势在必行。

三、再审制度研究转型应注意的几个基本问题

刑事诉讼法学研究需要转型，这在理论界易于取得共识，然而，应当如何转型却是个需要探讨的问题。就此问题，笔者仍以刑事再审制度为例予以简要分析。

（一）拷问现代刑事再审制度的正当性

在关于刑事再审问题的讨论中，令人感觉比较困惑的问题是禁止双重危险原则与我国传统的“实事求是、有错必纠”观念的紧张关系。“实事求是、有错必纠”似乎是禁止双重危险原则难以逾越的障碍。这对刑事诉讼法学研究提出了严峻的挑战：我国刑事再审制度今后的发展究竟是应当继续顺应“实事求是、有错必纠”的观念，还是按照禁止双重危险原则的要求予以重构？在这两者之间进行选择的正当根据是什么？这个问题如果不能妥善解决，那么，我们所期待的具有积极意义的刑事诉讼法学研究的转型，就很可能变成十分可疑的转向。

我们知道，再审制度是对生效裁判的动摇，不同的再审制度对生效裁判的动摇不仅存在程度上的差异，也有其正当性根据的差异。以“实事求是、有错必纠”为基础设置的再审制度，所要求的是，虽然司法裁判已经生效，不论错误的性质与原因，只要错误的程度足以引起纠正的需要，就应当发动再审程序予以纠正。而以禁止双重危险原则为基础构建的再审制度，则要求区分错误的性质（是否有利于被告人）以确定能否采用再审的方式予以纠正。虽然也有国家（如德国）允许在特定情况下可以发动对被告人不利的再审，但会对生效裁判的错误原因作出严格的限制。

“实事求是、有错必纠”观念在我国具有几乎是“天然”的正当性，而禁止双重危险原则只允许在十分苛刻的条件下、有限的范围内纠错，两者的正当性之比，高下优劣似可立判。然而，在刑事诉讼领域内，对正当性的判断应另有标准。在笔者看来，这个标准首先应是符合刑事诉讼的发展规律。就此而言，禁止双重危险原则因为强调对职权机关的限制、规范，对人权的保障功能，与刑事诉讼发展规律的要求一致，因而具有无可置疑的正当性。^{〔12〕}

关于刑事诉讼发展规律的认识，人们可以从不同的角度进行。笔者曾这样描述刑事诉讼的发展过程：迄今为止，刑事诉讼的发展过程是从野蛮走向文明、从愚昧走向科学、从恣意走向规范的过程。^{〔13〕}如果这个说法可以成立，那么，那种对生效裁判不分错误的性质、不论错误的原因，一味强调“实事求是、有错必纠”，蕴涵着允许刑事诉讼中的职权机关恣意而为的趋势，意味着对被告人可以重复追究的可能性，就只是刑事诉讼历史发展过程中尚不发达阶段的现象，在现代刑事诉讼制度中其作用的发挥应受限制。在这个意义上甚至可以说，诸如“实事求是、有错必

〔12〕 关于禁止双重危险原则的价值，有研究者对其进行过系统的分析。参见前引〔11〕，张毅书，第69页以下。

〔13〕 参见王敏远：《司法改革与刑事司法改革》，载信春鹰编：《公法》第3卷，法律出版社2000年版，第78页。

纠”之类的原则，如果不将其置于刑事诉讼规律的制约之中，其在刑事诉讼中发挥作用的正当性是有疑问的。^{〔14〕}

正当性问题应是现代刑事诉讼法学的基本问题。而关于现代刑事再审制度正当性问题的探讨，旨在确定刑事诉讼法学研究转型的目的。显然，理论研究的转型本身不是目的，应当将制度正当性基础的构建并使制度趋于完善，作为研究转型的更高价值追求。在这个意义上，应当对那种在学术研究中只是一味追求与众不同的创新思维保持应有的警惕，因为这种所谓的“创新”如果只是以“与众不同”为宗旨，实际结果很可能是抱残守缺式的守旧。

（二）坚持不能放弃的基本原则

除了应当遵循刑事再审制度特有的禁止双重危险原则，刑事再审制度作为刑事诉讼制度的组成部分，其设置和运作还应当遵循现代刑事诉讼的其他基本原则，这些原则应当被视为不能放弃的原则。关于何为现代刑事诉讼中不能放弃的原则，已有很好的分析文章。^{〔15〕}在此，需要引起注意的是其中的控审分离原则，因为这对于完善我国的刑事再审制度具有特别的针对性。

我国现行的再审制度对未经公诉机关抗诉的生效裁判，规定了法院可以直接发动刑事再审。由于我国的再审既包括有利于被告人的情况，也包括不利于被告人的情况，因此，也就意味着法院可以通过再审程序直接加重对被告人的判刑。这样的情况也确实一再发生。显然，在没有公诉机关抗诉的情况下，法院发动不利于被告人的刑事再审，完全违背了控审分离原则。

控审分离原则是现代刑事诉讼的基本原则。这个原则对于刑事司法公正具有基础性的意义。这一原则的意义绝不仅仅限于检察机关与法院在刑事诉讼中的分工，其更重要的价值是保障司法公正。显然，只有在控审分离的基础上，才有可能构建不偏不倚的公正的法庭；只有在控审分离的基础上，才有可能防止法官先入为主、先定后审。这正是现代刑事诉讼否定集控诉与审判于一身的纠问式诉讼制度的最重要的原因之一。从这个意义上可以说，否定了控审分离原则，将使刑事诉讼陷于倒退为纠问式诉讼的风险之中。虽然我国现在再审案件的数量与以前相比并不多，但如果纠问式诉讼在此有其存身之处，问题的严重性就应当引起注意。

关于我国现行再审制度与控审分离原则的冲突，学界早已注意并予以批判。在此特别予以强调的原因在于，一方面，通过说明刑事再审应当坚持控审分离等“不能放弃的原则”，以确定“不能放弃的原则”对于完善我国刑事再审制度的价值；另一方面，笔者注意到学界在讨论诸如未成年人诉讼程序、量刑程序等问题时，已有人提出在这些特殊程序中不应适用无罪推定原则。这是十分危险的。笔者认为，刑事诉讼法学理论对无罪推定、控审分离等“不能放弃的原则”，应当持有坚定的信念，在本学科内，不因研究的转型而动摇，不因所研究的问题的特殊性而放弃。^{〔16〕}

（三）考量影响再审制度的重要因素

我国法院发现生效裁判存在量刑过轻问题时，无视控审分离原则而发动不利于被告人的刑事再审程序，一方面与我国刑事诉讼法对法院的定位有关；^{〔17〕}另一方面，错误的生效裁判由自己

〔14〕 从许多学科（不论是自然科学还是社会科学）的发展过程可见，按照本学科的规律，对那些貌似普遍适用、放之四海而皆准的观念、原理的修正或限制使用，往往是该学科走向成熟、独立发展的标志。笔者认为，对“实事求是、有错必纠”之类的观念在刑事诉讼法学领域的修正、适用限制问题进行探讨，是刑事诉讼法学理论发展过程中必须做的“功课”。

〔15〕 参见〔德〕托马斯·魏根特：《刑事诉讼法中不可放弃的原则》，樊文译，载“中国法学网”樊文文集，<http://www.iolaw.org.cn/showArticle.asp?id=1973>，2011年8月20日访问。

〔16〕 如果没有对本学科特殊原则的坚定信念，该学科的独立存在意义将会很可疑。

〔17〕 我国的宪法、刑事诉讼法都规定的法院与检察院、公安机关在刑事诉讼中分工负责、互相配合、互相制约的原则，所反映的是法院与检察院、公安机关负有共同使命的观念。在这种观念指导下，法院的定位与控审分离原则所要求的理念确实存在差异。

“主动”纠正而非因为抗诉而被迫纠正，这与法院工作绩效考核是否有关系虽难以确定，但“主动纠正”估计会更有利于维护其形象。^[18]

诸如此类的（非刑事诉讼制度的）原因使我们对再审制度的研究增加了许多复杂的因素。当然，研究中最棘手的因素可能是我国根深蒂固的“实事求是、有错必纠”观念。按照禁止双重危险原则的要求重构刑事再审制度，将会使一些“宽纵犯罪”的生效裁判失去得到纠正的机会，而这必将与民众所普遍信奉的“有错必纠”观念产生对立。对此，研究刑事再审制度时不应回避。

另一个影响我国刑事再审制度的因素是刑事司法的定位和功能问题。在我国，虽然法律也肯定了司法的定纷止争作用，但司法机关只是整个国家体制中的“部门”之一，并不具有那种在三权分立的国家中所处的尊崇地位。因此，所谓“司法是社会正义的最后一道防线”，还只是停留在一些学术论著中的观点，不是我国现实情况的反映。就此而言，维护生效的司法裁判的稳定性，目前还不是构建我国刑事再审制度时必须考虑的无可争议的基础。对此，我们在研究中也不应回避。

影响我国刑事再审制度的这些与其他国家相比较特殊的因素的存在，使研究增加了复杂性。将理想的刑事诉讼再审模式作为论证的根据，无视这种模式在我国所遇到的特殊问题，这种以往理论研究中常见的情况需要予以改变。

当然，考量影响再审制度的诸多特别的因素，并不意味着我们只能顺从这些因素、不应推动刑事再审制度的完善，而是意味着不能无视这些因素。至于如何妥善处理这些特殊因素所引发的相关问题，如何在研究完善刑事再审制度时解决与此相关的困难，则是下面将要进一步思考的问题。

四、研究转型需要以批判错误观点为基础

为了避免研究的转型变成转向，^[19]就必须确定研究目标的方向。所谓确定方向，是指我们在研究完善我国的刑事再审制度时，所设想的刑事再审制度应当符合刑事诉讼制度的发展规律。对此，前文已有说明。需要进一步说明的是，应当对现在刑事诉讼理论界和实务界十分流行的保障人权与打击犯罪“平衡论”、程序公正与实体公正“兼顾论”保持警惕。如果不能正确认识其中的问题，分辨其适用的局限性，那对于刑事诉讼法学的发展，对于刑事诉讼法律制度的完善，将会产生危害。

笔者认为，如果说保障人权与打击犯罪都是刑事诉讼法律制度所要实现的目标，程序公正与实体公正都是不应忽视的价值，那么，“平衡论”和“兼顾论”有其合理性。^[20]然而，我们常见的说法却是在两者对立的基础上所强调的“平衡论”和“兼顾论”。即认为强调保障人权就会损害打击犯罪，主张程序公正将会影响实体公正，因此，对两者都不能过于强调，而应当“平衡”、需要“兼顾”。这种观点是错误的、无益的甚至是有害的，应当予以批判，否则，转型很有可能变成转向。

这种观点的错误在于其立论的基础有问题。保障人权与打击犯罪并不是天然对立的，以至于

[18] 据报道，对李昌奎案的再审虽是云南省高级人民法院主动提起的，但与检察机关提出了再审建议也有关系。蹊跷的是，云南省检察院本应依法提起抗诉发动再审，却只是（以刑事诉讼法并未规定的方式）提建议，这是否是因为要给云南省高级人民法院“留面子”？

[19] 不论是因迷路而转向，还是为逆历史潮流而转向，都是应当避免的。

[20] 与此类似的还有“并重论”。笔者在早些年也论述过类似于保障权利与打击犯罪、程序公正与实体公正应予同样重视的观点，但这并不是建立在两者对立的基础上的并重。参见王敏远：《轻程序的现象、原因及其纠正》，《法学研究》1994年第5期。

强调保障人权就会损害打击犯罪；程序公正与实体公正更不是对立关系，以至于因为坚持程序公正就会影响实体公正。我们应以历史唯物主义为基础认识两者的关系。从刑事诉讼的发展历史来看，准确地发现、揭露、证实、惩罚犯罪自古以来就是刑事诉讼的使命，如非特殊时期为了故意制造冤假错案的需要，这个基本任务未发生过变化。刑事诉讼的基本任务未发生过变化，变化的只是刑事诉讼的具体手段和程序。而刑事诉讼的具体手段和程序变化的轨迹，就是从野蛮走向文明、从愚昧走向科学、从恣意走向规范……刑事诉讼的历史发展进程表明，当今的刑事诉讼理论强调保障人权，其宗旨不是损害、否定打击犯罪，主张程序公正也不是为了影响实体公正，而是为了使刑事诉讼进一步从野蛮走向文明、从愚昧走向科学、从恣意走向规范。

由于立论的基础有问题，使其所谓的“平衡”、“兼顾”的错误凸显出来。显然，我们现在讨论刑事诉讼法律制度的发展、研究刑事再审制度的完善，并不是要在保障人权与打击犯罪之间搞“平衡”，在程序公正与实体公正之间求“兼顾”，而是要对我国刑事诉讼法律制度的文明、科学、规范的程度予以进一步提高。

这种观点之所以是无益的，是基于我国刑事诉讼法律制度的现实和进一步发展的需要而言的。曾几何时，在只知道打击犯罪的需要、只懂得实体公正的价值的时候，“平衡论”、“兼顾论”是有意义的，因为这有助于人们认识到刑事诉讼尚有保障人权与程序公正的价值目标需要关注，因而有一定的积极意义。^[21]时至今日，在人们普遍认识到保障人权、程序公正的时候，这种观点曾经发挥的积极作用正在消失，而其无益的特性则逐渐暴露。因为这种观点既说明不了现实情况，也指导不了将来的发展，^[22]因而是无益的。

这种观点可能产生危害作用，是因为这种观点不仅会使刑事诉讼法学研究陷于何谓“平衡”、如何“兼顾”这类偏重于思辨的抽象议论之中，甚至会为拒绝完善刑事诉讼法律制度的立场提供根据。就是否应当以禁止双重危险原则为基础重构我国的刑事再审制度来说，如果诉诸“平衡论”、“兼顾论”，意见对立的双方将难以提出有说服力的论证。因为对于什么是平衡、如何才能兼顾，在思辨的层面上几乎不可能达成共识。但对于拒绝完善刑事诉讼法律制度的人来说，“平衡论”和“兼顾论”却可以成为很好的根据，因为任何旨在推动刑事诉讼文明、科学、规范的努力，都是对现有“平衡”的破坏、对已有“兼顾”的否定。

当然，批判“平衡论”和“兼顾论”，意味着要求刑事诉讼法律制度应当朝向文明、科学、规范的方向不断发展，但并不意味着主张不顾现实条件、脱离中国实际地推动刑事诉讼法律制度的发展；意味着刑事诉讼法学研究应关注进一步推动刑事诉讼文明、科学、规范进程的社会条件、^[23]具体步骤这类问题，少一些诸如“平衡”、“兼顾”之类的抽象议论。这正是我们讨论刑事诉讼法学研究转型问题的重要意义之所在。

[21] 错误的理论也会产生积极的意义，这在自然科学和社会科学的发展历史中都不是罕见的现象。其原因十分复杂。在社会学领域，例如卢梭“人生而自由，却无往不在枷锁之中”的名言，曾经产生了多么激动人心的效果。尽管更真实的情况可能是“人生而不自由，却无往不在争取自由的过程之中”。至于自然科学的情况，有兴趣者可以参阅科学哲学的相关论著，如库恩的《科学革命的结构》（大陆现在有两种汉语译本，即金吾伦、胡新和译本，北京大学出版社2003年版；李宝恒、纪树立译本，上海科学技术出版社1980年版）等。

[22] 例如，以这种错误的“平衡论”和“兼顾论”是说明不了2010年“两高三部”发布的关于排除非法证据的规定的，因为这一新的规定明显是对原有平衡的破坏，而且这是侧重于权利保护和程序公正的努力，并不是“平衡”的结果；“平衡论”和“兼顾论”对于今后排除非法证据制度的继续完善也不可能发挥指导作用，因为继续完善意味着又一次打破平衡。当然，如果对什么是“平衡”、何谓“兼顾”作并无实质内容、毫无确定性可言的“界定”，那就既可以“解释”现实，又可以“指导”将来了。但这还是科学研究吗？

[23] 对刑事再审问题的研究而言，许多具体情况的变化需要引起研究者的关注。例如，前述刑事再审案件数量逐渐下降，近十年来再审后改判的比率不高等情况，对我们探讨完善刑事再审制度来说意味着什么，就是需要研究的问题。

五、研究转型的思路：设定底线并规划渐进改革的线路

批判错误的观点只是为理论研究转型清除障碍，批判本身并不是研究的转型。就刑事再审问题的研究而言，转型意味着什么，是个需要进一步探讨的问题。

在刑事诉讼法学理论研究借鉴法治发达国家的经验时，经常会遭遇所谓的“中国特色”问题。关于这个问题，从不同的角度进行探讨可以得出不同的结论。但有两种倾向应当引起警惕。一种是无所作为的态度，认为在“中国特色”的问题面前，只能顺从而不应考虑予以改变；另一种则是以特色为荣的绝对立场，认为只要是“中国特色”的就是好的，应当予以保持。这两种倾向的危害性虽然不是在此讨论的重点，^[24]但对其的否定却是我们进一步讨论的基础。

如前所述，我们在刑事诉讼法学研究中不应无视“中国特色”问题的存在。例如，“司法是社会正义的最后一道防线”目前在我国是个有争议的问题，这对刑事再审制度会有怎样的影响，当然应予以重视。然而，这不应成为阻碍完善刑事再审制度的理由，因为即使司法在我国不是社会正义的“最后一道防线”，而只是“第N道防线”，也应当按照司法的规律来设置这道防线。我们应当以积极的态度正面应对、妥善处理与“中国特色”相关的问题。笔者认为，为完善我国的刑事再审制度，需要从确定方向和选择方法两方面进行努力。

对完善我国的刑事再审制度而言，确定方向就意味着应当以禁止双重危险原则为基础予以重构。因为禁止双重危险原则要求，对生效裁判的纠错应当建立在严格的规范基础上，原则上应以有利于被告人为前提，这对于推动刑事再审制度的文明、规范、科学化发展，具有显而易见的积极意义。而选择方法则是个复杂的问题，在此予以简要论述。就研究如何完善我国刑事再审制度的具体方法而言，笔者认为，首先需要设定完善刑事再审制度的底线，然后应当规划推动刑事再审制度不断完善的渐进改革的线路。

设定完善刑事再审制度的底线，是指完善我国的刑事再审制度应以刑事诉讼中不能放弃的原则为基础，尤其应注重以禁止双重危险原则为基础。《公约》中关于刑事司法的规定，大都属于最低限度的标准。因此我国的刑事诉讼立法应将其作为底线。虽然与传统观念冲突的新的制度的设置十分困难，但从已有的经验来看，如果以坚持底线作为开始，即使有这种冲突，我国现阶段也完全可以实现新制度的创设。^[25]

当然，这个底线是需要进一步确定的，因为禁止双重危险原则在不同的国家其含义并不完全相同，因此，同样信奉禁止双重危险原则，不同国家的刑事再审制度却存在差异。英美法系国家和大陆法系国家的刑事再审制度就存在着差异，即使是同一法系的国家，英国和美国、法国和德国，其刑事再审制度也存在差异。这种“同一个原则、不同的表述”^[26]的情况，使我们在确定以禁止双重危险原则构建刑事再审制度时面临困惑：究竟应当参照哪种禁止双重危险的模式或哪

[24] 显然，如果这两种倾向成立的话，30多年前不可能进行改革开放，我们正在进行100周年纪念的辛亥革命也应该否定，共和国也不该建立——当然，如果是基于文化相对主义立场而坚持“中国特色”，则是个需要慎重对待的问题。但在现代刑事诉讼基本程序、基本制度以及刑事诉讼中“不能放弃的原则”的面前，文化相对主义的立场能在怎样的意义上成立，十分可疑。况且，在人类不同文明并非隔绝而是互相影响的背景下，所谓“特色”问题的时空性，是个需要证明的问题。

[25] 在刑事诉讼法中规定非法证据排除曾是个十分困难的事情。但如果是最低限度的排除规则——对通过刑讯逼供等非法方法得到的言词证据予以排除（这正是禁止酷刑公约第15条所规定的、具有底线意义的内容），立法规定也就不再那么困难了。去年“两高三部”发布关于非法证据排除的规定，足以证明这一点。

[26] 刑事诉讼法学研究中这样的情况很多。这不仅需要在译介西方法学理论和立法例时详加考察，而且应在考虑借鉴时仔细辨别。这也应当成为刑事诉讼法学研究转型的一个方面。

个国家的刑事再审制度？而对此作出任何选择，人们都有理由质疑：为什么要以英美法系国家的刑事再审模式为参照？为何要以法国或德国的刑事再审制度为参照？

为此，一方面，我们需要考察受禁止双重危险原则规制的不同国家的刑事再审制度的共性。对于完善我国刑事再审制度所需设定的底线而言，考察共性比关注特性更重要。因为特性往往与该国的历史等独特因素相关，借鉴将会受到各种质疑、制约；而共性往往反映了最低限度的要求，将其作为参照，正当性应无异议。

另一方面，对那些在刑事再审制度中将禁止双重危险原则的例外情况规定得较为宽泛的立法例，应当予以特别关注。因为我国的立法和司法不仅在实践中对禁止双重危险原则未予以肯定，甚至在观念上也未予承认，因此，对于那些过于严厉的禁止双重危险原则极少例外的刑事再审制度，适应起来会更加困难。而将例外规定更加宽泛的立法例作为参照，所遇到的阻力和困难会相对小一些。

需要说明的是，这种最低限度的制度设计并不是完善我国刑事再审制度的终点。对理论研究来说，按照最低限度的要求，尽早实现将禁止双重危险原则作为重构我国刑事再审制度的基础，是当下努力的目标，却不是终极目标。就此而言，理论界应当研究不断完善我国刑事再审制度的线路图，为构建逐步趋于完备的刑事再审制度提供理论支持。

Abstract: The Chinese criminal retrial mechanism has been established since the enactment of Chinese Criminal Procedural Law in 1979, and its basic structure and “seeking truth from fact and correction whenever errors found” as the fundamental principle laying the foundation for retrial mechanism have never changed. However, both the criminal practice and theoretical research have changed dramatically since its establishment. During the twenty years from the beginning of 1980s to the end of 1990s, the academic circle usually interpreted the retrial provisions positively. But since the Chinese government signed or ratified a number of important international conventions for human rights protection from 1998, the academic circle has realized and recognized the principle of double jeopardy, and suggested to learn the retrial mechanism from western countries. Nonetheless, the principle of double jeopardy contradicts with the idea of “seeking truth from fact and correction whenever errors found”, therefore introducing double jeopardy into Chinese criminal procedural system will confront many complicated and tough problems. Those previous academic research outputs could not accomplish the task to reconstruct the Chinese criminal retrial mechanism based on double jeopardy, therefore research transition is necessary.

As to the transition of criminal procedural law research, the first thing is to set the direction, which means complying to the development laws of criminal procedure, and asserting those “indispensable principles” as well as rebutting wrong views in order to avoid retrogression. And on this basis, it is necessary to confront the complicated situations when introducing double jeopardy into Chinese law. In the context of emphasizing the importance of “seeking truth from fact and correction whenever errors found” in the legislative and judicial circle, it is not only necessary to demonstrate the greater legitimacy of double jeopardy in criminal retrial mechanism, but also necessary to smoothen the resistant force so as to improve the Chinese criminal retrial mechanism gradually.

Key Words: criminal procedure, research transition, retrial, double jeopardy
