

刑事再审理求审的证据审查模式

李子龙*

目次

| | |
|-----------------------|-------------------|
| 一、再审理求审的目的 | (一) 证据的“新颖性” |
| 二、证据审查模式之确立 | (二) 证据综合评价审查模式 |
| (一) 证据审查模式确立的基础——审查结构 | (三) 综合评价审查模式的证据程度 |
| (二) 综合评价审查模式的引入 | 四、综合评价审查模式中的价值平衡 |
| 三、综合评价审查模式的内容 | 五、结语 |

摘要 当事人申诉为启动再审审判的一种方式,再审理求审的审查是开启再审审判的关键。再审理求审与再审审判是再审程序两个不同的阶段。再审理求审的核心内容为司法机关通过审查案件中的证据发现是否存在再审理由。再审理求审在本质上不属于一种正式的审判程序,审查的内容不涉及案件的实体问题,故在证据审查模式上有其独特性。再审理求审阶段的证据审查,一方面要明确新证据的范围,另一方面要对新证据和旧证据予以合理评价。除此之外,再审理求审的证据审查模式不仅要符合再审的基本理念,还要权衡法的安定性与实体公正性之间的价值冲突。

关键词 再审理求审 证据审查模式 综合评价审查

随着近年来冤假错案的不断发生,再审程序的错案救济功能日益突显。所谓“救济”本身就包含着“帮助弱者,对抗强者”的意味,被追诉方的权利本身需要刑事诉讼程序的保护。考察我国司法实践中启动再审的案件,大部分都是因为出现“亡者归来”(余祥林案、赵作海案),或者“真凶再现”(浙江张氏叔侄案、呼格吉勒图案)等能够直接推翻生效判决的事实,鲜有司法机关通过审查当事人申诉中的间接证据开启再审的案例。当事人启动再审的难度较大,被告人难以实现相应的救济权,我国司法实践在保护被追诉方权利上略有不足。

在当事人启动再审程序存在困境这一问题的研究上,我国学界和实务界主要集中于以下三个方面:第一,强调重塑再审审判理念,将发挥再审救济功能作为再审的重要指导思想;第二,细化开

* 清华大学法学院博士研究生。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线。】

启再审事由,尤其是在新证据和证据程度内容的规定上,逐渐降低对申诉人收集证据的要求;第三,改善当事人申诉与司法机关启动再审地位上的不平等性,重视当事人的申诉,减少当事人开启再审的阻力。^[1] 上述研究从不同角度揭示了当事人启动再审困难的原因,并提出了解决方案,使再审程序更加符合自身的功能定位。基于现有研究,本文认为,再审程序分为两个阶段,即申诉复查阶段与再审审判阶段,申诉复查阶段中司法机关审查证据的方式,包括新证据的判断,新证据与旧证据之间的评价方式,以及证据程度等问题,皆属于启动再审的关键,对此也应进行细致地理论探讨。

从国外两大法系看,英美法系国家由于受“避免双重危险”原则的限制,开启再审的限制较多,与大陆法系国家相比,其并不存在完整、系统的刑事再审制度,在理论上也鲜有关于申诉复查阶段证据审查模式的讨论。因此,大陆法系国家的相关制度和学说更具有借鉴意义。

本文使用“再审理求审阶段”的表述,是因为大陆法系国家或地区(例如我国台湾地区及日本)中的相关制度将申诉复查称为“再审理求审”,其虽在申请主体与审查主体方面与我国略有不同,^[2]但关于证据审查模式的探讨,能够为我国申诉复查阶段的证据审查模式提供借鉴。此外,由于案件的多样性,本文所涉及的证据审查模式仅为一种审查的原则,司法机关在具体审查过程中还需结合案件的具体情况,考虑不同价值之间的冲突,灵活审查申诉中的各个证据。

一、再审理求审的目的

再审理求审的目的是确立再审理求审证据审查模式的基本方向,无论采用何种模式,都不应背离再审理求审本身的目的。对此,日本学界存在三种观点:提出的再审申请是否存在再审事由;生效判决认定的事实或者原证据之间的关系;提出的再审申请是否能够明确,生效判决的事实认定违反了伦理规则或者经验规则。^[3] 笔者将上述三种学说概括为:“再审理由存在说”“事实与证据关系说”以及“伦理经验规则违反说”。

再审理由存在说认为,再审程序的核心在于再审审判阶段,在此之前的再审理求审只对案件做程序上的审理。司法审查机关通过再审理求审的审理,判断案件是否存在再审事由后做出是否开启再审程序的裁定,^[4]若当事人仅主张原判决事实认定错误,而无法提出具体再审事由时,司法审查机关将驳回再审申请,至于对案件实质性的审查,则应在开启再审程序之后。

事实与证据关系说主张,由于再审的目的是审查改正事实认定中的错误,是对生效判决所认定事实的立证基础的再次评价。^[5] 因此,再审理求审作为再审审判的前置程序,其目的应与再审审判相一致。各个证据之间的关系为审查的核心内容,并且应将新旧证据进行综合评价,全面重新审查生效的判决。

[1] 代表性的文章,参见卞建林、桂梦美:《启动刑事再审的困境与出路》,载《法学》2016年第4期;徐玲利、黄学昌:《基于实证考察的刑事再审制度之重构——以G省D市2009年至2013年刑事再审案件为样本》,载《中国刑事法杂志》2014年第4期;柳斌、段炎里:《刑事再审程序错案纠错功能之重塑——以审判阶段错案的发现和纠正为视角》,载《中国刑事法杂志》2016年第6期;李训虎:《刑事再审程序改革检讨》,载《政法论坛》2014年第3期;韩阳:《刑事再审理由探析》,载《法学研究》2005年第3期。

[2] 再审理求审的申请主体还包括检察官,审查主体为法官。

[3] 参见[日]福岛弘『再審制度の研究』(中央大学出版部、2015年)14頁。

[4] 参见[日]藤野英一「刑事再審理由の分析」法曹時報1963年第15卷6号65—66頁。

[5] 参见[日]岸盛一『刑事訴訟法要義(新版)』(廣文堂書店、1962年版)402頁。

伦理经验规则违反说则认为，再审理求审的审判目的为生效判决的事实认定是否恰当。这里所称的事实认定是否恰当并不是指其结果，而是指事实认定的过程是否恰当，即原判决事实认定的方法以及使用的经验法则是否恰当。^{〔6〕}由于再审理求审属于事后审，因此再审理求审中的证据应具有判断生效判决的事实认定过程是否合理的功能。再审理求审的审查机关在依据申诉中的证据做出判断时，应当侧重于审查生效判决是否违反了诸如直接主义、口头主义等审理原则，若做出生效判决的法院在判断方法和经验法则的运用上没有错误，则应尊重该法院认定的结果。

基于再审理求审与再审审判之间的关系，本文认为，再审理求审的审理目的宜采“再审理理由存在说”，即将是否存在再审理理由作为再审理求审的审理目的。

首先，再审理求审本质上是审查机关为了发现是否存在能够纠正生效判决中错误的证据，决定是否开启再审审理的程序，与是否存在再审审理事由密切相关。其次，事实与证据关系说将再审理求审作为再审审判的前置程序，以对事实与证据做出全面评价为审查目的。将再审理求审视为对案件的初步审判，再审审判是在此基础上的进一步审判。这种说法导致再审理求审与再审审判的目的具有一致性，有违二者之间的相互关系。最后，伦理经验规则违反说所主张的内容具有片面性，再审事由中不只关注程序上的错误，更需要通过程序上的错误发现事实认定中的错误。再审中事实认定过程是否恰当应属于判断案件是否存在再审事由的一个方面，不能将其视为再审理求审的目的。况且事实的认定过程较为复杂，再审理求审以书面审理的方式很难一步步推断出原审法院认定事实的过程，使其难以衡量原审法院结论的形成是否有违程序规则和经验法则。

然而，从我国法院做出的驳回申诉通知书来看，许多驳回申诉的理由不仅包含申诉中缺乏新证据，申诉中的证据对原审判决的事实无法产生动摇等内容，还包括对案件实体的审理，即对案件的判决结果做出定论。这种驳回申诉的说理方式反映出我国再审理求审的审理采取了较为严格的标准，即需要当事人有明确的证据证明生效判决确有错误，在实体上已经能够“高度预见”法院将修改判决实质性内容的情况下，司法机关才会开启再审程序。这种涉及案件实体判决的审查方式，超越了“再审理理由存在说”的内容，代替了再审审判的功能。况且，再审理求审采取单方面的审查方式，申诉方在提交申诉材料之后，一般不再参与审理，^{〔7〕}无疑将会侵犯申诉人再审阶段的辩护权。

综上所述，再审理求审阶段对案件的审理，应以发现是否存在再审的理由为目的，在决定驳回申诉时应以不存在再审理理由为说理内容，至于案件最终是否能够得以改判，应当在再审审判中进一步审理。

二、证据审查模式之确立

在再审理求审中，若当事人提出的新证据能够单独证明案件存在再审事由，法官在单独评价新证据之后便能得出“判决、裁定认定的事实确有错误，可能影响定罪量刑”。此时，因无关证据主体所为证据评价，事情比较单纯，无疑将直接启动再审程序，也不涉及新证据与旧证据之间关系的问题。然而在司法实践中，经常出现的情况是，新证据难以单独对已经认定的事实产生动摇，即使

〔6〕 参见〔日〕本江威意「再審請求手続における審判の対象」『法務総合研究所研修』1997年版第353号71頁。

〔7〕 虽然有的再审案件（例如聂树斌案）在对案件进行“复查”时，召开听证会，并充分听取申诉人及其代理律师以及原办案单位的意见，但这仍是少数现象。

在生效判决后发现被害人体内存有他人的DNA,或者在作案凶器上发现了其他人的指纹,通常也无法直接证明原判决确实存在错误。因此,再审理求审需要通过一种较为具体的审查模式,合理审查当事人提出的新证据与生效判决中的旧证据。

(一) 证据审查模式确立的基础——审查结构

再审理求审的审查结构是指,再审理求审需要划分为几个部分及各部分的具体内容。由于我国再审理求审的审查缺乏总体的框架性结构,对于具体审查哪些内容,各个审查内容之间的逻辑关系以及界限都不明确,无形中使得再审理求审的审查沦为了实质性的审判。

关于再审理求审的审查结构,《德国刑事诉讼法》第359条规定:“对由确定判决所终结的程序准许进行对有罪判决人有利的再审……5. 提出新的事实或新的证据材料,单独或与先前提出的证据结合,使得有理由宣告被告人无罪,或者对其适用较轻刑法从而判处较轻刑罚,或者判处重大不同的矫正及保安处分。”〔8〕从德国法的规定可以看出,德国再审理求审的审查结构为:首先,再审理求审中要存在新事实或新证据,在此阶段事实或证据的新颖性和显著性为审查重点。其次,由于德国根据新事实或新证据提出再审的规定,只作为为被告人利益而申请再审的事由,因此,再审事由是否属于为被告人利益为此阶段的审查内容。最后,要判断根据新事实与新证据是否能够达到再审目的,即新事实与新证据对再审理求审的影响。通过上述三个阶段的判断,法官便可以做出是否开启再审的决定。

与德国再审程序不同的是,我国再审程序不仅具有救济功能,还兼有纠正生效判决错误的功能,开启再审的情况不仅限于为被告人利益,因而无需将再审事由是否属于有利于被告人,作为再审理求审的单独审查环节。比照德国再审理求审的审查结构,依据我国《刑事诉讼法》第242条规定的再审事由,本文认为,我国再审理求审的审查结构可以分为以下三个阶段:第一阶段为新事实新证据确认阶段。法院需要将再审申请人提出的新证据,与原审判决中的证据进行区分,以便采取不同评价方式。第二阶段为证据审查阶段。法院依据第一阶段对新证据与旧证据的区分,运用再审理求审中的证明方式对新旧证据进行具体审查。第三阶段为确定是否存在再审理由阶段。法院经过上述两个阶段的证据审查,判断证据是否达到法律所要求的证据程度,证据材料所指案件事实是否符合开启再审的规定。

(二) 综合评价审查模式的引入

目前,我国学者关于庭审证明模式的讨论中所涉及的证据审查模式,主要适用于一审普通审判程序。〔9〕然而,庭审阶段的证据审查模式与再审理求审并不相匹配。首先,再审理求审中证据所要阐明的对象是生效判决认定的事实,是已经得到证据证明的事实。申诉成功依赖于再审理求审动摇了法官的心证,而不是使法官形成心证,更不涉及对案件的实体判断。其次,再审理求审的目的是为了发现案件是否存在再审事由,审查生效判决是否存在错误。为此需要明确生效判决中认定事实的依据,亦即旧证据的内容,将其与新证据以一种逻辑方式进行审查,而庭审中的证据审查模式不涉及对此问题的讨论。最后,庭审证明模式中无论是审查证据之间的印证性,还是审查关键证据是否能够得到验证,最终都需要达到一种较高的证明标准,要求法官能够排除所有的合理怀疑。这种严格的证明标准明显与再审理求审的证据程度不相契合,采用庭审的证明标准将导致再审理求审成为再审审判的前置程序,与再审理求审的定位也不相符。

〔8〕《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译,知识产权出版社2013年版,第249页。

〔9〕代表性的文章参见龙宗智:《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》,载《法学研究》2004年第2期;褚福民:《刑事证明的两种模式》,载《政法论坛》2015年第3期。

再审理求审的证据审查模式主要涉及新证据的界定,以及新证据与旧证据之间的评价方式。在我国驳回申诉通知书中司法机关经常采用对案件实体性结论的论证方式,例如通过对证据之间的全面论证,得出案件中不存在任何错误,原判决事实清楚,证据确实充分的结论,驳回申诉的理由。这种对案件结果做出定性的论证方式,表明再审理求审的证据审查仍采用庭审审查证据的方式。因此,再审理求审中应如何审查证据,再审决定书以及驳回申诉通知书应如何进行说理,需要一种较为系统的证据审查模式予以规制。由于我国在此方面的理论探讨较为缺乏,日本学术界已经存在一些系统的理论学说,因此,本文以日本学界中“单独评价说”与“综合评价说”为借鉴,结合我国存在的问题,进行初步性探讨。

单独评价说是指再审理求审的审查机关,仅依再审理求审中的新证据判断案件是否存在再审理事由。综合评价说则认为新证据与确定判决认定事实基础之“既存证据”为综合评价,以判断对与原确定判决事实之认定是否产生合理怀疑。^{〔10〕}前者强调生效判决的既判力,主张应当对“新证据”的证明力进行单独评价,以确定是否足以引起再审;后者重视罪疑有利于被告人原则,主张将新、旧证据相结合进行综合评价,以此来确定再审理理由是否成立。^{〔11〕}单独评价说与综合评价说的价值取向不同,导致二者的核心争点在于,再审理求审中能否对生效判决中的证据进行二次评价。

本文认为,与单独评价说相比,综合评价说更适于作为再审理求审证据审查的基本模式,理由如下:

首先,单独评价说将开启再审的“重任”压在了新证据的“肩上”,是否能够顺利开启再审,几乎全凭新证据所具有的证明力。相反,综合评价说不仅重视新证据独有的证明力,而且更加关注其在整个案件证据链(包括旧证据)中的功能。在新证据无法单独证明案件存在再审理事由的情况下,并不直接驳回再审申请,而是再次将其与旧证据综合在一起进行评价,从而做出是否开启再审的决定。

其次,证据与事实属于不可分的两个部分,虽然犯罪事实只有一个,但其证据未必只有一个,法官形成犯罪构成事实存否的心证,往往是经由诸多间接事实推论出犯罪构成事实。证明这些间接事实的情况证据,大多彼此之间有一定的关联,互相补强,终能使全体具有一定的证据价值。若该新证据属于认定事实中的一部分,则无论是在判决生效前已经存在或判决后发现并取得,只要能与其他证据联系在一起足以证明犯罪中的既存事实,其价值应无须质疑。因此,新证据单独尚不足以颠覆原生效判决的犯罪事实认定,不表示新证据与原确定判决用于认定事实的既有综合判断,亦不能动摇原生效判决之犯罪事实认定。^{〔12〕}

最后,基于我国开启再审程序比率较低的情况,“单独评价说”无疑提高了再审理求审对新证据的要求,增加了申请人的负担,无法降低开启再审的难度,违背了再审的权利救济理念。

因此,本文认为,系统规制我国再审理求审的证据审查模式,宜借鉴日本“综合评价说”的具体内容,在再审理求审的目的范围内,合理审查申诉中存在的新证据与旧证据。

三、综合评价审查模式的内容

依据再审理求审的审查结构,综合评价审查模式的具体内容主要包括以下几个方面:

〔10〕 参见吴灿:《与谈意见——修正刑事再审新证据之解释与适用》,载《台湾法学杂志》2015年第274期。

〔11〕 参见黄土元:《刑事再审理事由中的“新证据”、“虚假证据”和“证据不足”》,载《证据科学》2008年第6期,第681页。

〔12〕 参见罗秉成、李荣耕:《刑事再审与救济无辜》,台湾元照出版社2016年版,第92页。

（一）证据的“新颖性”

司法审查机关综合评价证据的第一步,就是要区分申诉材料中的新证据与旧证据,明确哪类证据能够认定其具有“新颖性”。有关证据新颖性的认定,2013年最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“刑事诉讼法解释”)第376条中规定了四种符合证据新颖性的情形:(1)原判决、裁定生效后新发现的证据;(2)原判决、裁定生效前已经发现,但未予收集的证据;(3)原判决、裁定生效前已经收集,但未经质证的证据;以及(4)原判决、裁定所依据的鉴定意见,勘验、检查等笔录或者其他证据被改变或者否定的。

虽然此项规定对证据新颖性的内容作了具体规范,但在认定标准上存在一些不合理之处,导致一些证据是否具有新颖性存在争议。例如,法官未采纳但没做出说明的证据。此外,一些较为特殊的证据,虽符合证据“新颖性”的规定,但由于涉及刑事诉讼价值平衡的问题,例如对代人受罚之人申请再审时提出的证据,能否依旧赋予其新颖性的问题仍需进一步明确。

1. 证据新颖性的判断标准

证据新颖性采取何种判断标准,主要围绕“时间基准”和“对象基准”的适用。时间基准是指证据的新颖性是否以判决生效的时间为限,对象基准则是指以生效判决认定的事实范围来衡量证据的新颖性。从我国有关证据新颖性的规定中可以看出,在时间基准上,证据的新颖性并不以判决生效时间为限,无论是判决生效前还是生效后的证据都可能具有新颖性;在对象基准上,我国法律规定属于生效判决所认定事实范围以外的证据具有新颖性。从我国规定的两个基准关系上来看,原判决、裁定生效之后发现的证据,显然属于生效判决事实之外的证据,若是原判决、裁定生效前的证据,在属于生效判决事实范围以外的情况下,亦属于新证据。因此,对于新证据的判断无须规定其时间标准,判断新证据的关键并非时间基准,而是对象基准,或者说,对象基准本来就已经包含了时间因素。^[13]

具体来说,刑事诉讼法解释中所称的“原判决、裁定生效前已经收集,但未经质证的证据”是关于对象基准的规定,核心内容在于“未经质证”,即该证据需满足未经质证的条件,才视为具有新颖性。这表明对于在再审理求审中出现的证据,无论法院是否事先知道,也无论其是否存在于卷宗之中,即使法院已依职权调查过该证据,只要没有经过质证,则当然具有新颖性。

然而仅仅依据“未经质证”这一对象基准判断证据的新颖性,可能导致在一些特殊情形下应当具有新颖性的证据丧失了新颖性。例如,在法庭审理中虽然将一名不在场证人甲传唤至法庭予以作证,但判决理由中却完全没有提及甲证人,也未对是否采纳其证言的理由进行说明。判决生效后,若当事人欲以不在场证人甲作为申请再审的证据,从“未经质证”的标准来看,则甲证人的证言不具有证据的新颖性。然而此类证据没有出现在判决书中的原因,可能是法官认为其与案件的事实认定无关,或者认为其证明力过于薄弱,抑或是在审理中忽略了此证据的作用,导致无法得知该证据在生效判决中的作用。若当事人依照此类证据提出再审,则表明该证据有可能动摇生效判决中所认定的事实,直接依照“未经质证”的标准认定此证据不具有新颖性,会损害被告人的救济权,不利于发现案件的真相。

因此,本文认为关于证据新颖性的判断,在坚持“未经质证”的对象基准前提下,还应适当扩大证据新颖性判断标准的内容,将证据是否出现在判决中(简称“判决本身”)纳入新颖性判断标准的范围内,对于虽然在庭审中已经质证但未在判决中出现的证据仍可视其具有新颖性。至于该证据是否对生效判决产生了影响,则属于证明标准的问题。那么,在上述案件中,虽然甲被传唤至法庭

[13] 参见林钰雄:《再论发现新事证之再审理由——再审新法20问》,载《台湾法学杂志》2015年第268期。

予以作证,但由于判决中不存在甲证人证言,即使无法明确该证据对于案件有何影响,也可以在再审理求审程序中认定甲证人证言具有证据的新颖性。

2. 特殊情形下证据新颖性的判断

此外,再审理求审中证据较为多样,面对再审理求审程序中出现的一些虽符合新颖性标准却侵犯法律所保护的某些价值(例如隐瞒或欺诈行为)的证据,法官即使将“未经质证”与“判决本身”作为证据新颖性的两个判断标准,有时也会难以认定其新颖性问题。这类情况主要有两种:当事人明知而未提出,致使法院不知而未经质证的证据;以及代人受罚之人提出的申诉。

当事人明知而未提出致使法院不知而未经质证的证据,是否应视其具有新颖性。对此,我国台湾地区学者提出“纵使是于判决前所‘明知’,但怠于声请甚至故意不申请法院调查的事证,对于法院而言,还是属于‘法院因不知而未予审酌之新事证’。原因在于,崭新性指标强调的是‘法院不知’和‘法院未予斟酌’。据此,所有原事实审法院判决时所不知而未予斟酌的事证,皆具有崭新性;至于被告(受判决人)或其他诉讼参与者是否知道该事证,在非所问”。^[14] 本文认为,虽然此观点符合新颖性判断的标准,然而若将此类证据不加区分地作为再审中的新证据,会对诉讼效率造成一定程度的损害。

在如何对待“被告明知而未提出的证据”的问题上,一方面,我们要给被判决人提供充分的救济,积极纠正冤假错案;另一方面,我们应当考虑到诉讼效率的价值,促使当事人双方在原审中努力提供对自己有利的证据,避免使案件的审判过于延宕,造成司法资源的浪费。因此,原则上应当将当事人明知而未在原审中提出的证据视为不符合再审证据新颖性之规定,但其范围应限定在当事人故意的情形之内。这表明,对于能够充分证明当事人在原审中已经掌握,但故意隐瞒没有不在原审程序中提出的证据,再审中不认定其具有新颖性。除此之外,对于无法确定是否为当事人之故意而未在原审中提出的证据,则应认定其具有新颖性。例如,案卷中已经存在的对被告人有利的证据,辩护方却未在原审中提出。此时若难以判断是因辩护方故意还是懈怠而导致的,则此类证据在再审程序中具备证据的新颖性。

另一种特殊情况为代人受罚之人提出的再审申请。代人受罚之人为我们通常所称的“顶包”之人,其虽知道案件中真正的犯罪者,但为了袒护犯罪者而谎称自己为实施犯罪之人,并愿意接受刑事处罚。在判决生效后,若代人受罚之人对案件申请再审,并提出证据证明其并不是本案的犯罪行为人,指出犯罪者为何人,那么此证据是否应视为具备“新颖性”? 从此类证据的性质上看,其应符合证据新颖性的标准,但因代人受罚之人与传统错案中的被告人不同,属于自愿接受刑事处罚之人,那么是否应将其纳入“无辜者”救济的范围,并依照一般案件的审查方式对相关证据进行审查呢?

基于当事人主义以及禁反言原则等要求,原则上不应将代人受罚之人提出的证据视为新证据,代为受罚之人应对其之前的自愿供述承担责任。但若在实体真实发现中采用消极的实体公正发现主义,那么代为受罚之人对于该案来讲,仍属于错罚之人,不应对其适用刑罚,需被纳入无辜者救济范围内。因为消极的实体公正发现主义要求在发现实质真实中以避免错罚无辜为侧重,制度安排和司法运作都应依此进行。^[15] 否定代为受罚之人所提出证据之“新颖性”,虽然贯彻了当事人主义的要求,维护了法的安定性,却有损案件的真实性,造成错罚无辜者的结果,有违消极实体公正发现主义的要求。因此,对于代为受罚之人提出的证据,再审理求审的审查机关应当以“新

[14] 参见前注[13],林钰雄文。

[15] 参见张建伟:《从积极到消极的实质真实发现主义》,载《中国法学》2006年第4期,第177页。

颖性”标准予以审查。

再审理求审中对证据新颖性的判断属于综合评价审查模式的第一步,只有在明确再审理中哪些证据具备新颖性的性质之后,才能进一步运用新旧证据综合审查模式判断案件是否存在再审理的理由。对证据新颖性的判断只是在形式上界定“新证据”,按照《刑事诉讼法》的规定,新证据需要证明原判决、裁定认定的事实确有错误,可能影响量刑,即证据达到一定程度时,才能开启再审理。再审理求审中的证据是否达到了规定的程度,审查机关需要通过综合评价模式进行判定。

(二) 证据综合评价审查模式

1. 新旧证据评价方式之争

正如前文所述,我国申诉驳回的说理涉及案件实体判决的内容,超越了再审理求审的审查目的,而再审理决定书却缺乏一定的说理,例如简单地以“经审查,本案符合《中华人民共和国刑事诉讼法》第242条规定的重新审判条件”为由,决定开启再审理,缺乏关于存在再审理理由原因的论证。如何使再审理求审的相关文书说理更具合理性及充分性,关键在于司法机关在决定是否开启再审理的理由中对新旧证据评价过程的论证。日本学界中的“心证引继说”“限定再评价说”以及“全面再评价说”,为再审理求审中新旧证据的三种不同评价方式。

心证引继说强调“再审理求审的目的在于明确对生效判决案件是否有必要再度进行审理,并不是通过审理已经确定的案件,做出新的事实认定”。^[16]“在再审理求审的审理阶段,法官应当将其置身于做出生效判决的原审法院的立场中,继承原审中的心证,在此基础上对新证据与旧证据进行综合判断,审视原审法院依据其认定的事实而做出的生效判决是否恰当。审查机关并不是在完全脱离原审法院心证的基础上,将旧的积极和消极证据与新证据一起进行评价,独自形成心证,从而将其做出认定的事实与生效判决认定的事实进行比较,得出是否开启再审理的结论。”^[17]心证引继说要求法官以原审法院的心证为基础,目的在于避免再审理求审涉及对案件事实的认定,这与再审理求审的作用相一致。然而,若将此作为综合评价的具体方式,纵然再审理求审的法官能够看到生效判决、原审中的证据以及新证据,得知判决的理由,但其毕竟与原审法官为不同的构成人员,此外心证本身就带有很强的主观性,因而难以确保再审理求审中的法官确实继承了原审法官的心证内容。

为了避免心证引继说的弊端,限定再评价说主张不应限制审查机关心证的内容,而应对新旧证据的评价顺序予以规制,防止再审理求审对事实做出实质性认定。具体来讲,审查机关在把握新证据的立证对象及其证据价值的基础上,检讨新证据的立证对象,对相关生效判决的事实认定产生的影响。若新证据不足以降低旧证据的证明力,审查机关无法对生效判决的事实认定产生合理怀疑,应当驳回再审理求。相反,若新证据能够降低旧证据的证明力,审查机关则应当将没有被新证据削弱证明力的旧证据与新证据(包括积极证据与消极证据)一起进行评价。之后,审查机关若认为难以维持生效判决的有罪认定(对被告人无罪产生合理怀疑),则裁定开启再审理,否则驳回当事人的再审理求。^[18]

限定评价说的证据审查模式强调新证据的影响力,评价的重点应在于与新证据有关联的旧证据,不允许对全部旧证据进行再评价。限定再评价说与心证引继说相比减少了主观性标准,在司

[16] [日]青柳文雄等『註釈刑事訴訟法(第4卷)』(立花书房、1981年)436頁。

[17] [日]藤永幸治:「再審法の新展開」[日]石原一彦等『現代刑罰法体系(第6卷)刑事手続Ⅱ』(日本评论社、1982年)294—295頁。

[18] 见前注[3],福島弘书,第164頁。

法实践中更具有操作性。然而限定再评价说过于重视新证据的作用,限制了再审理求审对新旧证据评价的范围,不利于全面发现案件中的错误。而且依据限定再评价说的顺序,司法机关在审查再审理由时,往往会在不清楚旧证据在案件中的位置、重要性以及被削弱程度的状态下,直接评价新证据与旧证据的关系,有碍发现事实认定中的错误。此外,再审理求审中当事人所提出的新证据不一定都能够直接减损某些关键性旧证据的证明力,若因此而驳回再审理求,将加重申请再审理求当事人收集证据的负担。

与限定再评价说不同的是,主张全面再评价说的学者从扩大救济范围角度出发,认为是否能够开启再审理求,并不只是新证据的证据价值及其重要性问题,而是新证据能否使法官对生效判决的事实认定产生合理怀疑。全面再评价说与限定再评价说的核心区别在于,全面再评价说强调对证据的审查应首先分析生效判决事实认定的证据构造。^{〔19〕}其次,通过分析生效判决的证据构造的实质内容和强度^{〔20〕}等,对旧证据进行全面再评价。最后,再加入新证据对新旧证据进行综合评价,以此判断是否对生效判决产生了合理怀疑。^{〔21〕}

全面再评价说避免了限定再评价说在评价顺序上的缺陷,在明确再审理求审中所要弹劾对象的基础上,全面运用新证据与旧证据对原审事实进行综合评价,克服了限定再评价说的片面性。然而,正因为全面再评价说对生效判决中的证据以及认定的事实进行再次评价,有学者认为“再审理求审与事后审不同,其并不是选择与新证据无关的生效判决事实认定中的证据,也不是判断其证据价值有无违反伦理法则或经验法则”。^{〔22〕}采用全面再评价说有可能超出再审理求审的作用。

综上所述,本文认为,对再审理求审证明方式的规制应采全面再评价说。至于全面再评价说中所指的对生效判决中事实认定的证据进行再评价,一方面是为了明确生效判决的证据构造,另一方面即使是对旧证据进行全面性评价,也是通过审查认定的事实,以期发现是否存在再审理求的事由,并非对案件事实做出实质性认定。况且我国刑事诉讼法中明确将“据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当予以排除,或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的”情况作为再审理求理由,表明在对生效判决中的旧证据进行再次评价时,若出现上述规定的情形,法院可以据此开启再审理求。

2. 全面再评价的审查方式

由于再审理求程序是纠正生效判决中的错误,因此对生效判决中认定的事实能否产生怀疑,以及旧证据的证明力有无可能被削弱,属于案件是否存在再审理求理由的核心内容。因此,评价证据时应首先理清原生效判决做出有罪认定的各证据之间关系,明确证据构造。评价再审理求审中的证据,从生效判决的证据构造出发,明确支持生效判决证据之间的关联性,审查原判决支持有罪认定的各证据在案件事实中的作用,确定再审理求审中证据所需弹劾的对象。其次,在明确证据构造的基础上,对旧证据进行再评价,分析证据构造对生效判决的实质上的作用及强度,检讨生效判决的证据构造中存在的脆弱性。^{〔23〕}此时,采用限定评价说的方式,判断新证据是否直接能够削弱部分旧证据的证明力。对于被直接削弱证明力的旧证据,可以将其直接删除(例如通过DNA鉴定或

〔19〕 川崎英明教授在『刑事再審と証拠構造論の展開』(日本評論社、2003年)第20頁中提到:证据构造论围绕着证据构造的重组性问题而展开,证据构造论承担着使依据综合性评价做出的证据明白性判断具有客观性与明确性的职能。

〔20〕 强度一词是指,该证据构造在多大程度上保障事实认定的准确性。

〔21〕 参见〔日〕川崎英明『刑事再審と証拠構造論の展開』(日本評論社、2003年)101頁。

〔22〕 参见前注〔3〕,福島弘书,第150頁。

〔23〕 脆弱性是指,该证据构造在事实认定方面存在漏洞或不充分性。

者指纹鉴定技术而被直接削弱证明力的旧证据),之后对其他旧证据进行评价,看能否对生效判决产生合理怀疑。最后,在通过对旧证据的再评价无法确认是否存在再审事由的情况下,进一步将新证据加入案件中进行全面评价。若旧证据之证据构造本身相当脆弱,仍可以透过全面再评价寻求存在再审理由的机会。

(三) 综合评价审查模式的证据程度

关于再审理求审的证据程度,我国《刑事诉讼法》第242条中出现的“确有错误”“可能影响定罪量刑”“证据不确实、不充分”等表述,已成为司法实践中适用的证据程度标准。然而从《刑事诉讼法》第242条规定的“确有错误”而不是“疑有错误”就可以看出,以“证据不确实、不充分”为标准认定某一申诉案件为“冤案”或“错案”是值得研究的。^[24]“确有错误”的表述类似于普通审判中“犯罪事实清楚,证据确实充分”的要求,甚至达到了“铁证”所要求的程度,此外,“可能影响量刑”则缺乏更加具体的原则限制,至于是否“可能影响定罪量刑”没有统一的标准可供参考。司法实践中,是否达到这一要求完全由法官自主决定,无形中赋予了其强大的自由裁量权,使再审启动过程中的恣意问题难以避免。^[25]

此外,司法裁判是司法人员通过证据对发生在过去的案件事实的逆向认知活动,而错判往往又是发生多年之后才被认知的,因此,对错判的认知就成为对过去的认知结果的二次逆向认知。^[26]此时,即使出现了新证据,这种逆向认知的难度依旧很大。诚然在诸如“亡者归来”等案件中存在确实充分的证据证明原判决的错误,但是更多的再审案件中并不存在所谓的“铁证”,这便导致对错案的认识具有不确定性。那么,在认识不确定的情况下司法机关是否应当开启再审,取决于再审理求审的证据是否达到了开启再审的程度。若法官遵循在事实认定确有错误,能够预见在实质上改变判决的情况下启动再审,无疑增加了开启再审的难度。

一般而言,再审理求审的证据标准应低于实体上的定罪标准。以德国、日本和我国台湾地区相关法律规定为例:《德国刑事诉讼法典》第359条第5款规定,“使得有理由宣告被告人无罪或者对其适用较轻刑法从而判处较轻刑罚,或者判处重大不同的矫正及保安处分”^[27];《日本刑事诉讼法》第429条规定为“足以认为对受有罪宣告的人应当宣告无罪或免诉,对受刑罚应当宣告的人应当宣告免除刑罚,或者应当认定轻于原判决确定之罪的罪”;我国台湾地区“刑事诉讼法”第420条、第422条规定的证据程度为“足认受有罪判决之人应受无罪、免诉、免刑或轻于原判决所认罪名之判决”“足以影响原判决”或者“足认其应受有罪判决或重刑判决”“足认其并无无罪或不受刑之原因”。德国使用“使得有理由”,而日本和我国台湾地区使用“足认”,显然低于普通审判程序的证明标准,没有达到“排除合理怀疑”或者“事实确有错误”的程度。

前述国家与地区的立法也明确承认了再审理求审与再审审判程序的区别,并凸出再审理求审作为判断是否符合开启再审审判程序的“前置审查程序”的特征。之所以再审理求审对证据要求的程度较低,是因为再审理求审的审理对象为是否存在再审理由,而再审理由的设置目的在于限制开启案件的再审程序,不涉及案件的实体问题。如果在审查程序中硬性要求申请人的申请理由就达到完全证明的话,那么整体来说不公开的审查程序就必将承担起审理程序的功能。^[28]

[24] 参见宋志军:《从旧与从新:刑事再审之程序法适用论》,载《政法论丛》2016年第4期,第116页。

[25] 参见陈卫东、杜磊:《再审程序的理解与适用——兼评〈刑事诉讼法〉关于再审程序的修改》,载《法学杂志》2012年第5期,第16页。

[26] 参见何家弘:《刑事错判证明标准的名案解析》,载《中国法学》2012年第1期,第163页。

[27] 见前注[8],《德国刑事诉讼法典》,第249页。

[28] 见前注[11],黄士元文,第682页。

我国 2012 年修改的刑事诉讼法虽然增加了再审的理由，但在证据程度规制方面，却沿用了“确有错误”的表述，导致开启再审程序的难度依旧很高。借鉴域外关于证据程度的规定，在我国再审理求审证据程度的内容中，首先应当引入“罪疑有利于被告人原则”。该原则要求，法官在对生效判决的有罪认定存有疑虑时，应做出有利于被告人的决定，开启再审程序，无须达到对错案形成确实心证的程度。日本长期以来存在难以对已经做出生效判决的案件开启再审程序的困境，为了维护被告人的救济权利，扭转开启再审困难的局面，在白鸟裁判^[29]中日本将罪疑有利于被告人原则作为一项“铁则”，以便降低开启再审的“门槛”。

现行刑事诉讼法上的再审程序功能突出表现为对无辜者的救济，对于再审理求审来说，最重要且最基本的目的在于发现是否存在能够判处被告人无罪的证据。坚持罪疑有利于被告人的原则要求在审查证据时不宜对证据程度采用严格的标准，即在对生效判决的事实认定产生合理怀疑，有证据证明生效判决可能存在错误时，便应开启再审理理程序。罪疑有利于被告人原则的本质是无罪推定原则在再审理求审中的体现，也是一项为了避免刑事审判对无辜者进行处罚的基本原则。与无罪推定原则的表述相比，罪疑有利于被告人原则要求，再审审查机关更加关注再审中的证据能否使人对生效判决产生怀疑。因此，既然我国在刑事诉讼程序中已经基本确立了无罪推定的原则，那么再审理求审也应当贯彻无罪推定原则的基本思想，将“罪疑有利于被告人”作为再审理求审审查证据的基本原则。

那么在证据程度的具体表述上，应当采取怎么样的标准呢，是否可以采用证明标准中的盖然性规定呢？关于盖然性的判断，有学者提出以 50% 为界限，若再审理求审法院认为判处无罪的盖然性大于 50% 时，则应开启再审，若低于 50%，则应当驳回再审申请。^[30] 然而，盖然性的数字化标准依然在司法实践中难以准确地把握。而且对于盖然性的判断着眼于依据再审中的证据判断开启再审后能否摆脱案件真伪不明的状态，若无法预见再审程序能够证明案件确有错误，判处被告人无罪，则会基于法律的安定性不开启再审。此种做法有违再审理求审自身的目的，有再审审判行使对具体罪责判断功能的嫌疑。对此有学者提出，是否能够推翻有罪认定属于对生效判决的认定有无合理怀疑的问题，被告人有罪或者无罪的可能性并不是所称之盖然性的“程度”问题……不应将盖然性作为证据程度的判断标准。^[31] 故明确再审理求审中证据所要达到的程度，应当将重点放在其是否对有罪生效判决产生合理怀疑上，而不是再审理求审中新旧证据能够证明“无罪”的程度问题上。

因此，应将“罪疑有利于被告人”作为我国再审理求审证据程度的基本原则，从总体上降低对再审理求审证据的要求。在具体表述上，不易采取盖然性标准的规定，在对现有规定中“确有错误”的表述，不应解读为对整个案件事实的认定都是错误的，而应解读为：只要对案件中某个事实的认定存在错误，就是“确有错误”。^[32] 审查机关的心证程度只需达到对生效判决产生“合理怀疑”即可，不必抱有“确信”其存在错误的态度。审查机关若能合理说明再审理求审的证据对生效判决所认定的事实产生了合理怀疑，则认为已达到法律中所称的“确有错误”。

[29] 白鸟裁判是日本开启再审的转折。一审判决判处枪杀白鸟警官的被告人死刑之后，被告方发现了足以动摇原判决认定的证据，虽不是“铁证”，但使法官对原判决的结果产生了怀疑。在仅有怀疑的情况下开启再审，无疑扭转了开启再审困难的局面。

[30] 参见[日]安倍治夫『刑事訴訟における均衡と調和』(一粒社、1963年)218、220~221頁。

[31] 见前注[3]，福島弘书，第188页。

[32] 参见前注[26]，何家弘文，第173页。

四、综合评价审查模式中的价值平衡

司法机关在运用综合评价审查模式审查证据时,不能忽视刑事诉讼中不同的价值理念。再审请求审所涉及的价值主要是法的安定性与实体公正性,司法机关在审查证据时要考虑到二者之间的平衡。

法院判决生效后便对案件产生了一事不再理的效力,意味着判决的内容对案件当事人具有确定拘束力,不允许其他主体再对同一案件提起诉讼,此为近代刑事诉讼法上的一项基本原则。一事不再理以及既判力等原则的贯彻避免了刑事诉讼对同一犯罪再行起诉而使被告人长期处于焦虑和不安全的状态,增强了民众对生效判决的信赖,维护了司法权威。不得对生效判决的同一案件提起诉讼,能够保护个别案件中已经具体化的抽象法规的安定性,保障同一案件法律适用的一致性,实现法律适用的可预见性。因此,许多国家规定仅在为被告人利益的情况下才能够启动再审,例如日本《刑事诉讼法》第435条规定:“在下列情形下,对于有罪的判决为了被判决人的利益可以提起再审的请求……”第436条规定:“在下列情形下对于驳回控诉或上告的生效判决,可以为了被判决人的利益提起再审的请求……”^[33]

与其他国家不同,我国刑事审判以实事求是为指导思想,实质上追求的是实体公正,再审发挥着对审判进行纠错的功能,因而会涉及平衡法的安定性与实体公正之间关系的问题。

有关法的安定性与实体公正之间的关系,台湾地区学者陈朴生先生认为“……确定裁判,具有确定力及执行力。因其具有既判力及一事不再理之效力,经裁判所确定之事实,纵其认定错误,亦认为真实,不得再予审理裁判。其所以保障裁判之法的安定性,亦即认其使之确定,为国家、国民之利益。判决一经确定,本于法的安定性之要求,原不应再有所争执。惟其判决所认之事实或适用之法律有错误,如绝对不许纠正,则又与正义有背,且发现实体的真实,本属刑事诉讼之最终目的,如发现其确定有错误,法的安定性与真实发现不无抵触。再审及非常上诉制度,即求其如何调和之途径”。^[34]

因此,本文认为维护法的安定性固然有其自身的价值,但若在发现生效判决出现重大错误或瑕疵时,硬性坚持前述原则将案件搁置反而会对司法的权威造成实质上的损害。尤其对于无辜的被告人来说要继续承受错误判决带来的负面影响,有违刑事诉讼中尊重人权的基本理念。除此之外,刑事诉讼法的主要任务之一就是要保障刑法的价值得以高效公正地实现,实体公正是保护正当法益、正确惩罚犯罪的基础,若以错误的事实作为法律适用的基础则有违正义。

当“案件真相”重新呈现在社会公众视野下时,需通过再审程序纠正生效判决中的错误,才能实现刑事诉讼的实体公正价值。对此有台湾学者提出:“再审制度应该是在这样的思考底下所设计,让‘确定的判决’可以被挡在或者拉回到‘审判阶段’,法院透过再一次的机会修正自己的决定,不会进入到或继续实行‘执行阶段’。”^[35]故再审具有打破既判力原则的“特殊”功能,属于推翻法院生效判决的“例外”。

“刑事再审程序一方面是调和判决实体确定力与实体公正主义之间的冲突,另一方面是调和

[33] 日本《刑事诉讼法》第435、436条。

[34] 陈朴生:《刑事诉讼法实务》,自版,1999年版,第551页。

[35] 见前注[12],罗秉成、李荣耕书,第115页。

国家利益与个人利益的一种诉讼制度。”^[36]再审司法机关在审查证据时,应当同时关注法的安定性与实体公正性,调节和平衡二者之间的冲突。刑事再审程序的目的是对生效判决中的错误予以纠正,若在审查证据时缺乏对两种价值的平衡的考虑,任意启动再审程序或者驳回再审理求,将会对法的安定性与实体公正造成直接的损害。

五、结 语

再审理求审(即我国的申诉复查)与再审审判为再审程序的两个不同阶段,二者在再审程序中发挥着不同的功能。再审理求审的审查应当遵循其自身程序设置的目的,以发现案件是否存在再审理由为目的,不宜审查案件实体性内容,更不应当在此阶段对案件结果做出判决。司法机关在做出驳回申诉通知以及再审决定书时,应以证据审查的过程,即是否存在新证据,以及是否能够动摇原判决认定的事实等内容为基础加以论证,以是否存在再审理由为最终的结论,避免出现对案件的判决。

再审理求审的证据审查模式为再审理求审的核心内容。鉴于文章篇幅的限制,对此部分的探讨,本文从再审理求审的目的出发,主要借鉴了日本学说中的综合评价模式,结合我国的实际情况,对此阶段审查新证据与旧证据的方式予以初步探讨。再审理求审的证据审查模式的内容更倾向于理论性与原则性,故司法机关在审查证据的过程中,还应考虑法的安定性与实体公正性之间的价值平衡,灵活运用综合评价审查方式,将保护被告人合法的权利和发挥再审的救济功能作为证据审查的基本思想理念,来决定是否开启再审审判。

Abstract One of the ways to activate the retrial process for the petitioner is to file a complaint. Therefore, the petition review becomes the key factor. Retrial examination and the retrial itself are two separated proceedings. The former is meant to examine or to review the evidentiary materials in order to find whether there is enough evidence to initiate the retrial process. And this examination is formally conducted and has nothing to do with the substantial issues, which are its distinguished character. Retrial examination, on the one hand, is meant to define the “new evidence”, and on the other hand, it has to reasonably evaluate the new and the old evidence. In addition, while the evidence examination in retrial request must fit the basic principles, it also has to properly strick a balance between the stability of law and the substantial justice.

Keywords Criminal Retrial Requests, Evidence Examination Model, Comprehensive Evaluation Examination

(责任编辑:林喜芬)

^[36] 参见张剑秋:《刑事再审程序性质研究——兼论实体公正主义与既判力之间的矛盾》,载《中国刑事法杂志》2003年第3期,第79页。