

“再审改判无罪”赔偿条款的 立法局限与解释方案

张 航*

目次

| | |
|-----------------------|------------------------|
| 一、再审改判案件类型化及其赔偿争议检视 | 矫正 |
| (一) 再审改判案件的类型化梳理 | (二) 过错赔偿原则的适用困境及其排除 |
| (二) 赔偿与不予赔偿的争议检视 | (三) 法定赔偿原则的适用困境及其改进 |
| 二、“再审改判无罪”赔偿条款的立法局限审查 | 四、再审改判超期羁押案件予以赔偿的解释论方案 |
| (一) 审查根据、框架、标准与强度的确立 | (一) 概念扩大解释的方案 |
| (二) 基于平等权审查框架的逻辑展开 | (二) 体系补正解释的方案 |
| 三、“再审改判无罪”的司法适用困境及突破 | 五、余论 |
| (一) 违法赔偿原则的适用困境及其 | |

摘要 根据大量再审改判案件的类型化梳理,法院经常会在再审或二审改判后超期羁押的四类案件中做出完全相反的赔偿决定,致使其中一部分受害人得不到任何救济。同样是在出现超期羁押的情形下,“再审改判无罪”赔偿条款仅支持改判结果为无罪的人之赔偿请求,却否定了改判结果为轻罪轻刑的人之赔偿请求,因此无法通过基于平等权的立法审查,存在明显的立法局限。在短期无法实现立法或修法的情况下,首先必须矫正或排除违法赔偿原则、过错赔偿原则和法定赔偿原则的不当适用,解除该赔偿条款在司法适用中的桎梏;其次可以通过概念扩大解释和体系补正解释两种方案,为所有再审改判超期羁押案件提供平等救济。

关键词 国家赔偿法 再审改判无罪 超期羁押 立法局限

“再审改判无罪”赔偿条款是指《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称《国家赔偿法》)第17条第3项规定的受害人可以申请赔偿的情形之一。^{〔1〕} 法院根据这一条款,对于同样出现超期

* 中国政法大学法学院博士研究生。本文系教育部人文社会科学一般项目“行政强制执行体制改革研究”(项目编号:19YJA820041)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见《国家赔偿法》第17条第3项。

羁押的赔偿申请人,只有再审改判无罪者才予以赔偿,重审、二审或再审改判轻罪轻刑者却不予赔偿,这明显有违人权保障的法治精神。早在1994年《国家赔偿法》立法之初,“再审改判无罪”赔偿条款的设定就引发了持续性争论。该条款在二十多年来的司法适用中暴露出诸多问题,尤其在同为超期羁押的几类“冤狱”案件中,法院经常做出完全相反的决定,致使重审、二审或再审改判轻罪轻刑超期羁押的赔偿申请人得不到任何救济。事实上,“再审改判无罪”赔偿条款在立法论上确实存在一定局限,它极大束缚了司法实践所能提供的救济空间。鉴于此,重庆市人民代表大会常务委员会在2012年率先通过修改《重庆市实施〈国家赔偿法〉办法》,在其第6条规定“依照审判监督程序再审后,罪犯实施被羁押的期间超过再审判决确定的刑期的”,受害人有依法取得国家赔偿的权利。重庆市试图通过地方立法来突破“再审改判无罪”赔偿条款的局限性问题,但这些地方性法规在多数情形下并未得到实际遵照执行。^{〔2〕}可以预见,未来相关类型的赔偿争议还会继续重演。

我国的《国家赔偿法》将合法行为引起的刑事补偿与违法行为引起的刑事赔偿,共同规定在刑事赔偿的章节中。^{〔3〕}因此,本文在引证和论证中难免将狭义上的赔偿和实质性的补偿统称为“赔偿”,但实际上国家赔偿与国家补偿在理论基础、归责原则、救济范围和救济标准等方面都存在较大差异,因此实质意义上的国家补偿常常掣肘于狭义上的赔偿制度逻辑而无法实现。在国家补偿(尤其是刑事补偿)独立成制之前,且在该条款短期内难以得到修正的情况下,应当在解释论上清除给予受害人赔偿救济的障碍,并寻找能够达致正当性结论的合理解释方案。本文首先通过重审、二审或再审改判后超期羁押案例的类型化梳理,检视司法实践中可能产生的争议并总结争议焦点;其次,从主观立法目的和客观立法效果来检讨该条款的立法局限性问题,找到改判轻罪轻刑后超期羁押应予赔偿的正当性和必要性;再次,矫正或排除该条款在司法适用中所遭遇的违法赔偿原则、过错赔偿原则和法定赔偿原则桎梏,并在解释论上实现突破;最后,在立法和修法之前,为该条款在解释论上寻找合理方案,以期最大程度缓解立法局限所造成的不良影响,为被超期羁押者提供全面而圆满的赔偿救济方案。

一、再审改判案件类型化及其赔偿争议检视

以改判内容作为标准划分,可以将再审改判案件分为四类,即有罪改判为无罪类、此罪改判为彼罪类、数罪改判为一罪类和重刑改判为轻刑类。毋庸置疑,改判后一旦出现刑罚过度执行,就会对被执行人的生命、人身自由、财产以及资格权利造成实害后果,此四类案件无一例外。^{〔4〕}此外,由于各种刑罚种类都可能存在过度执行,为了进一步缩小本文聚焦的问题,笔者检索的案例集中在自由刑(主要是有期徒刑)改判之后出现超期羁押的赔偿案例。

(一) 再审改判案件的类型化梳理

由于案例较多,并囿于篇幅限制,本文在每一类案件中仅选取一个典型案例展开深入分析。具体来说,其一,于2002年提起赔偿申请的阎俊魁案是在有罪改判为无罪类案件中唯一没有获得

〔2〕 习宜豪、李珍:《轻罪重判,给不给国家赔偿》,载《南方周末》2015年6月11日,第6版。

〔3〕 江必新、梁风云、梁清:《国家赔偿法理论与实务》(上卷),中国社会科学出版社2010年版,第444页。

〔4〕 当然,尚未过度执行的虽然缺乏客观具体的实害后果,但不能否认,原审判决所可能造成的被告人精神上或名誉上的损害同样值得法律救济。然而,由于当前我国刑事赔偿是判决执行赔偿制度,而非纯粹判决赔偿制度,所以在刑罚过度执行后尚且不能得到赔偿的情况下,探讨此类损害的赔偿问题时机还不成熟。

全面赔偿的案例,而且广西壮族自治区高级人民法院赔偿委员会针对该案意见发生分歧,在请示最高人民法院后得到批示,仅针对部分超期羁押损害进行赔偿;其二,于2018年提起赔偿申请的邹俊敏案在此罪改判为彼罪类案件中超期羁押时间最长,这反映了新近赔偿决定仍然不问超过十二年超期羁押的实害结果,法院同样遵循先前的适用逻辑而得出不予赔偿结论;其三,于2005年提起赔偿申请的曲伟案的赔偿问题在吉林省高级人民法院发生严重分歧,在请示最高人民法院后得到批示,最高人民法院确立了对该类案件不予赔偿的基本立场;其四,于2006年提起赔偿申请的黄宜东案属于首次出现因纯粹量刑畸重而导致超期羁押的情形,同样是在高级人民法院请示最高人民法院后,该类案件此后一律未能得到赔偿。所以,本文选取的四个典型案例具备类案处理代表性,尤其可以通过分析高级人民法院请示中的分歧观点以及最高人民法院的批复,窥其司法适用之堂奥。

1. 有罪改判为无罪类

有罪改判为无罪类案件是指赔偿申请人在原审中被判有罪,后在二审或再审中被宣告无罪,而导致超期羁押的案件类型,主要包括广西阎俊魁案、河北王银荣案、〔5〕辽宁杨福海案、〔6〕江西李锦莲案、〔7〕广东陈江华案〔8〕等。

表1 有罪改判为无罪类案件诉讼进程及赔偿情况表

| 案件名称 | 原审判决情况 | 再审(重审或二审)改判情况 | 超期羁押时间 | 赔偿结果 |
|------|----------------------------|----------------------|--------|----------|
| 阎俊魁案 | 一审判非法买卖爆炸物罪,处有期徒刑3年。 | 再审撤销非法买卖爆炸物罪,宣告无罪。 | 272天 | 仅按122天赔偿 |
| 王银荣案 | 一审判组织、领导传销活动罪,处有期徒刑2年零3个月。 | 再审撤销组织、领导传销活动罪,宣告无罪。 | 823天 | 全面赔偿 |
| 杨福海案 | 一审和再审均判敲诈勒索罪,处有期徒刑4年。 | 二次再审撤销敲诈勒索罪,宣告无罪。 | 1458天 | 全面赔偿 |
| 李锦莲案 | 一审判故意杀人罪,处死刑缓期执行。 | 再审撤销故意杀人罪,宣告无罪。 | 7147天 | 全面赔偿 |
| 陈江华案 | 一审判故意伤害罪,处有期徒刑6年。 | 再审撤销故意伤害罪,宣告无罪。 | 1663天 | 全面赔偿 |

此类案例以广西阎俊魁案为代表。被告人阎俊魁的行为经全州县人民法院先后适用两个先后颁布的司法解释,因而一审被判非法买卖爆炸物罪,再审又被改判为无罪,获得释放,实际被羁押272天,其中判决生效后被羁押122天。〔9〕赔偿申请人阎俊魁申请至广西壮族自治区高级人民

〔5〕 参见石家庄市中级人民法院赔偿决定书,(2015)石法赔字第3号。

〔6〕 参见锦州市中级人民法院赔偿决定书,(2018)辽07法赔字第2号。

〔7〕 参见最高人民法院赔偿决定书,(2018)最高法委赔字第16号。

〔8〕 参见佛山市中级人民法院赔偿决定书,(2017)粤06法赔字第2号。

〔9〕 2001年9月11日经广西壮族自治区桂林市全州县人民法院一审判决认定被告人阎俊魁构成非法买卖爆炸物罪,判处3年有期徒刑。参见阎俊魁非法买卖爆炸物案,桂林市全州县人民法院(2001)全刑初字第168号刑事判决书。阎俊魁并未上诉,一审判决生效。嗣后,阎俊魁向全州县人民法院提出申诉,法院决定再审后于2002年1月17日做出再审判决,撤销(2001)全刑初字第168号刑事判决,宣告阎俊魁无罪。参见桂林市全州县人民法院刑事判决书,(2002)全刑再字第1号。

法院,法院在适用“再审改判无罪”条款时出现两种意见。第一种为多数倾向性意见,认为全州县人民法院依《刑法》第 13 条及有关司法解释宣告被告人无罪,根据“再审改判无罪”赔偿条款,阎俊魁有权获得国家赔偿,但根据《关于执行〈国家赔偿法〉几个问题的解释》(以下简称《几个问题的解释》),只对判决生效起至再审改判无罪释放时止被限制人身自由的 122 天进行国家赔偿。第二种为少数意见,认为根据《国家赔偿法》第 2 条规定的违法赔偿原则,只有国家机关及其工作人员违法行使职权造成损害,才会产生国家赔偿,然而,原审对被告人定罪量刑以及再审改判无罪都是适用了最高人民法院先后颁布的司法解释,有罪改判为无罪乃是司法解释的变化所致,并非违法行使职权,也非法律适用错误。所以,应当免于承担国家赔偿责任。^[10] 最高人民法院在对广西壮族自治区高级人民法院的批复中赞成多数倾向意见,认为全州县人民法院虽然“没有违法行使职权”,但《国家赔偿法》在刑事赔偿中适用的并不是单一的违法归责原则,“再审改判无罪”赔偿条款是从结果的角度做出规定的,确定错判的赔偿责任的依据并非司法机关及其工作人员的行为违法。此外,根据《几个问题的解释》第 1 条的规定,本案再审改判无罪只是因为情节显著轻微危害不大而不被认为是犯罪,属于“不追究刑事责任的人被羁押的”情形,因此判决确定前被羁押的天数依法不予赔偿,只有判决生效后被限制人身自由的 122 天可以获得国家赔偿。^[11]

2. 此罪改判为彼罪类

此罪改判为彼罪类是指赔偿申请人在原判中被判 A 罪,后在二审或再审中被改判为 B 罪,并改处刑罚后导致超期羁押的案件类型,主要包括福建邹俊敏案、河南宋杨禄案、^[12]河南李占强案、^[13]山东陈家勇案^[14]、安徽王永华案^[15]等。

表 2 此罪改判为彼罪类案件诉讼进程及赔偿情况表

| 案件名称 | 原审判决情况 | 再审(重审或二审)改判情况 | 超期羁押时间 | 赔偿结果 |
|------|--------------------------------|--|---------|------|
| 邹俊敏案 | 一审判贩卖毒品罪,处无期徒刑,剥夺政治权利终身,没收财产。 | 再审撤销贩卖毒品罪,改判非法经营罪,改处有期徒刑 2 年,罚金 3 万元。 | 4 387 天 | 不予赔偿 |
| 宋杨禄案 | 一审判绑架罪,处有期徒刑 5 年,罚金五千元。 | 再审撤销绑架罪,改判非法拘禁罪,免于刑事处罚。 | 1 826 天 | 不予赔偿 |
| 李占强案 | 一审判绑架罪,处有期徒刑 8 年,罚金一万元。 | 再审撤销绑架罪,改判非法拘禁罪,改处有期徒刑 2 年。 | 1 519 天 | 不予赔偿 |
| 陈加勇案 | 一审判盗窃罪,处有期徒刑 11 年零 6 个月,罚金五万元。 | 再审撤销盗窃罪,改判掩饰、隐瞒犯罪所得罪,改处有期徒刑 1 年。 | 726 天 | 不予赔偿 |
| 王永华案 | 初审判诈骗罪、侵占罪,合处有期徒刑 4 年,罚金两万元。 | 重审撤销诈骗罪、侵占罪,改判为合同诈骗罪,改处有期徒刑 1 年零 6 个月,罚金一万元。 | 200 天 | 不予赔偿 |

[10] 参见 2004 年 12 月 8 日《广西壮族自治区高级人民法院关于适用最高人民法院对涉爆案件处理的两个司法解释,在刑罚执行期间再审改判无罪的是否属于国家赔偿范围的请示》,〔2004〕桂法委赔监字第 14 号。

[11] 参见 2005 年 7 月 13 日《最高人民法院关于因情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪的人经再审改判无罪且原判刑罚已经执行,如何适用法律问题的答复》,〔2005〕赔他字第 14 号。

[12] 参见河南省高级人民法院赔偿决定书,〔2015〕豫法委赔字第 6 号。

[13] 同上注。

[14] 参见淄博市中级人民法院赔偿决定书,〔2015〕淄法委赔字第 1 号。

[15] 参见阜阳市中级人民法院赔偿决定书,〔2018〕皖 12 委赔 2 号。

以福建邹俊敏案为代表,被告人邹俊敏一审被重判为贩卖毒品罪,后经过再审改判为非法经营罪,刑罚则由无期徒刑改判为有期徒刑2年,但截至被告人邹俊敏被取保候审之日,已经对其限制人身自由5117天,超过最终改判的刑期,已然造成了客观实害结果。^[16]邹俊敏因而向福建省高级人民法院申请国家赔偿,福建省高级人民法院经审查后以无罪羁押赔偿原则乃是人身自由赔偿领域的基本原则为由拒绝赔偿,而且认为《国家赔偿法》第17条第3项所规定的“再审改判无罪”之规范含义乃是经再审确认被告人本来无罪、自始无罪,并通过再审判决撤销原先有罪判决。福建省高级人民法院的赔偿决定书认为:“本院的再审判决并没有确认赔偿请求人邹俊敏没有违法行为或者其违法行为不构成犯罪,只是在定罪和量刑上作了变动,将重罪改为轻罪,而非再审改判无罪。”^[17]在这一逻辑论证下,赔偿请求人邹俊敏经再审重罪改为轻罪的情形因无法被归入“再审改判无罪”而被拒绝予以赔偿。

3. 数罪改判为一罪类

数罪改判为一罪类是指赔偿申请人在原判中被判数个罪名,后在重审、二审或再审中被改判为一罪,并改处刑罚后导致超期羁押的案件类型,主要包括吉林曲伟案、吉林申宝武、秦强案、^[18]安徽潘同必案、^[19]山东房广圣案、^[20]安徽刘刚案、^[21]广西王勋案^[22]等。

以吉林曲伟案为代表,被告人曲伟一审被重判为强奸罪、绑架罪,首次再审撤销强奸罪,二次再审将剩余的绑架罪改判为非法拘禁罪,刑罚则由16年有期徒刑先减轻为10年,后减轻为3年,但截至被告人曲伟被释放之日,已经对其超期羁押1305天,最终却未获赔偿。^[23]事实上,曲伟案的诉讼进程异常曲折,经两次再审后方才尘埃落定。其中,强奸罪最终属于有罪改判为无罪,绑架罪改判为非法拘禁罪则属于此罪改判为彼罪,在刑罚两次减轻后产生超期羁押,此外,剥夺政治权利和罚金等刑罚也均产生过度执行。^[24]被告人曲伟自被刑事拘留之日起至刑满释放为止,实际关押2402天,超过最终改判3年有期徒刑的刑期,已然造成了客观实害结果。那么,判定曲伟案在定性上是否为“再审改判无罪”则成为其是否能够获得国家赔偿之关键。曲伟申诉至吉林省高级人民法院赔偿委员会。吉林省高级人民法院出现了两种针锋相对的意见:一方面,少数意见认为对曲伟应予赔偿,理由是综合全案来看,原审判决曲伟构成强奸罪和绑架罪,并处16年有期徒刑,但首次再审撤销强奸罪之后应当属于“再审改判无罪”,在最终改判为非拘禁罪之后,超出3年有期徒刑的羁押则必然属于违法限制人身自由,应予以国家赔偿。另一方面,多数倾向性意见认为对曲伟应不予赔偿,理由是第一次撤销强奸罪时曲伟刚刚服刑2年零4个月,针对强奸罪的再审改判无罪尚未出现超期羁押;虽然第二次再审将绑架罪撤销改为非法拘禁罪,但超期羁押是因错判绑架罪而引起的,而这一改判完全是基于同一事实行为,改判只是在定罪和量刑上做了变动,并未

[16] 参见泉州市中级人民法院刑事判决书,(2004)泉刑初字第122号;福建省高级人民法院刑事裁定书,(2005)闽刑终字第176号;福建省高级人民法院刑事判决书,(2018)闽刑再3号。

[17] 参见福建省高级人民法院赔偿决定书,(2018)闽高法赔字第1号

[18] 参见吉林省高级人民法院赔偿决定书,(2016)吉委赔字第6号。

[19] 参见安徽省高级人民法院赔偿决定书,(2013)皖法委赔字第4号。

[20] 参见山东省临沂市临沭县人民法院赔偿决定书,(2018)鲁1329法赔字第1号。

[21] 参见阜阳市中级人民法院赔偿决定书,(2015)阜法委赔字第7号。

[22] 参见北海市中级人民法院赔偿决定书,(2015)北法赔字第3号。

[23] 参见吉林市中级人民法院赔偿决定书,(2005)吉中法赔字第1号。

[24] 在再审判决定撤销剥夺政治权利3年之前,已经自主刑罚执行之日起开始执行剥夺政治权利。参见《中华人民共和国刑法》第58条。

触及罪名本身的问题。多数倾向性意见认为从法律规定来看，“我国宪法规定的乃是无罪赔偿原则，只有无罪的人被超期羁押才能得到赔偿，有罪则不应当赔偿。曲伟由绑架罪改为非法拘禁罪最终还是有罪，尽管其被超期羁押 3 年多的时间，但国家依法不承担赔偿责任”。^[25] 最高人民法院对吉林省高级人民法院之请示予以回复时强调，曲伟虽然经过再审变更了罪名，刑罚降低后出现超期羁押长达 3 年 7 个月，但这种情形并不符合“再审改判无罪”之精神。^[26] 综上认为，曲伟的赔偿请求不属于国家赔偿的范围。

表 3 数罪改判为一罪类案件诉讼进程及赔偿情况表

| 案件名称 | 原审判决情况 | 再审(重审或二审)改判情况 | 超期羁押时间 | 赔偿结果 |
|---------|--|--|---------|------|
| 曲伟案 | 强奸罪、绑架罪，合并判处有期徒刑 16 年，剥夺政治权利 3 年，罚金 10 万元。 | 首次再审撤销强奸罪，二次再审撤销绑架罪，改判为非法拘禁罪，改处有期徒刑 3 年。 | 1 305 天 | 不予赔偿 |
| 申宝武、秦强案 | 一审判二人参加黑社会性质组织罪、非法拘禁罪，合处有期徒刑 2 年零 6 个月。 | 二审撤销二人参加黑社会性质组织罪，维持非法拘禁罪，改处有期徒刑 1 年。 | 547 天 | 不予赔偿 |
| 潘同必案 | 初审判妨害公务罪、窝藏罪，处有期徒刑 2 年零 6 个月。 | 二审撤销妨害公务罪，维持窝藏罪，改处有期徒刑 1 年。 | 166 天 | 不予赔偿 |
| 房广圣案 | 一审判贪污罪、挪用公款罪，处有期徒刑 2 年，罚金 10 万元。 | 二审撤销贪污罪，维持挪用公款罪，改处有期徒刑 6 个月。 | 447 天 | 不予赔偿 |
| 刘刚案 | 一审判职务侵占罪、伪证罪、受贿罪，合处有期徒刑 2 年零 2 个月。 | 二审撤销职务侵占罪、伪证罪，维持受贿罪，改处有期徒刑 1 年。 | 330 天 | 不予赔偿 |
| 王勋案 | 初审和重审均判抢劫罪、盗窃罪，合处有期徒刑 9 年。 | 二次重审撤销抢劫罪，维持盗窃罪，改处有期徒刑 1 年。 | 2 365 天 | 不予赔偿 |

4. 重刑改判为轻刑类

重刑改判为轻刑类是指赔偿申请人原审中被判 A 罪处以较重刑罚，后在重审、二审或再审中被维持 A 罪，但改处较轻刑罚，导致超期羁押，主要包括广东黄宜东案、广西陈虎案、^[27]江苏陈长根案、^[28]广东曾志某(未成年人)案、^[29]广东梁某新(未成年人)案^[30]等。

以广东黄宜东案为代表，黄宜东一审被判走私普通货物物品罪，虽然定罪无误但量刑畸重，因此二审直接从 1 年 6 个月改判为 6 个月有期徒刑。^[31] 2007 年 1 月 15 日广东省高级人民法院宣

^[25] 参见吉林省高级人民法院 2005 年 9 月 15 日做出的《关于曲伟再审改判无罪赔偿案件的请示》，〔2005〕吉高法委赔字第 5 号。

^[26] 参见最高人民法院 2006 年 3 月 20 日做出的《关于轻罪重判不属于国家赔偿范围的答复》，〔2005〕赔他字第 7 号。

^[27] 参见北海市中级人民法院赔偿决定书，(2015)北法赔字第 2 号。

^[28] 参见盐城市中级人民法院赔偿决定书，(2017)苏 09 法赔字第 3 号。

^[29] 参见茂名市中级人民法院赔偿决定书，(2014)粤 09 法赔字第 2 号。

^[30] 参见广东省高级人民法院赔偿决定书，(2020)粤委赔字第 5 号。

^[31] 2006 年 10 月 10 日，广东省广州市中级人民法院一审判决被告人黄宜东构成走私普通货物物品罪，处有期徒刑 1 年 6 个月。参见广州市中级人民法院刑事判决书，(2006)穗中法刑二初字第 104 号。判决后同案被告人提起上诉，广东省高级人民法院在二审中认为量刑畸重，改判黄宜东有期徒刑 6 个月。参见广东省高级人民法院刑事判决书，(2006)粤高法刑二终字第 694 号。

判之日,被告人黄宜东当庭被释放,但自被告人被刑事拘留之日起至被释放为止,黄宜东实际被羁押 554 天,超过二审宣判的 6 个月有期徒刑,造成了被超期羁押的实害后果。黄宜东以错误判决为由申请国家赔偿但被驳回,随后又继续向广东省高级人民法院申诉。广东省高级人民法院赔偿委员会就本案的赔偿问题形成两种意见。其一,少数意见认为对赔偿请求人黄宜东应予赔偿,理由是一审判决尽管没有生效,但正是由于一审判决刑期过长,才导致黄宜东被超期羁押 361 天,不予赔偿显失公平,所以国家应当承担赔偿责任。其二,多数意见认为不应赔偿,理由是广州市中级人民法院的一审判决并未生效,并且一审判决认定黄宜东有罪,羁押期间尚未满一审判决确定刑期,因此不属于超期羁押。二审改判缩短刑期只能证明一审存在量刑畸重的问题,《国家赔偿法》并未将其纳入法定赔偿范围之内。^[32] 针对广东省高级人民法院的请示,最高人民法院在批复中同意了其多数意见:“二审判决减轻了对黄宜东的刑事处罚,生效后的判决,超出了黄宜东应服刑的期限,此种情形未纳入国家赔偿范围。”最高人民法院认为,一审和二审法院审理实际所用的时间符合刑事诉讼法的期限规定,并不存在违法,而且黄宜东的犯罪事实存在,不符合无罪羁押法定赔偿原则的相关规定。^[33]

表 4 重刑改为轻刑类案件诉讼进程及赔偿情况表

| 案件名称 | 原审判决情况 | 再审(重审或二审)改判情况 | 超期羁押时间 | 赔偿结果 |
|------|-------------------------------|--------------------------------|---------|------|
| 黄宜东案 | 一审判决走私普通货物物品罪,处有期徒刑 1 年 6 个月。 | 二审维持走私普通货物物品罪,改处有期徒刑 6 个月。 | 359 天 | 不予赔偿 |
| 陈虎案 | 初审和重审均判抢劫罪,处死刑。 | 二次重审维持抢劫罪,改处 1 年有期徒刑。 | 1 965 天 | 不予赔偿 |
| 陈长根案 | 初审判徇私枉法罪,处有期徒刑 1 年 6 个月。 | 重审维持徇私枉法罪,改处 1 年有期徒刑。 | 184 天 | 不予赔偿 |
| 曾志某案 | 一审判抢劫罪,处有期徒刑 6 年,罚金两千元。 | 二审维持抢劫罪,改处有期徒刑 2 年,罚金一千元。 | 1 463 天 | 不予赔偿 |
| 梁某新案 | 一审判盗窃罪,处有期徒刑 5 年 8 个月,罚金三千元。 | 再审维持盗窃罪,改处有期徒刑 1 年 2 个月,罚金两千元。 | 754 天 | 不予赔偿 |

(二) 赔偿与不予赔偿的争议检视

由上可知,囿于“再审改判无罪”赔偿条款所确立的范围疆界,即便所有赔偿申请人都无一例外地被超期羁押,也只有有罪被改判为无罪类型的案件的赔偿申请人才能够获得赔偿。综合来看,再审改判后的赔偿结果,即赔偿与不予赔偿之间的司法观点存在以下争议焦点。

其一,根据违法赔偿原则,再审改判后的超期羁押赔偿是否要以国家机关及其工作人员存在违法行为为前提,以及是否需要以主观过错为要件。在阎俊魁获得赔偿案中,最高人民法院在对广西壮族自治区高级人民法院的批复中提出了对“再审改判无罪”赔偿条款的看法:“……这种结

^[32] 多数意见认为:“由于量刑过重导致被告人实际被羁押时间超出其应当被羁押时间,不属于国家赔偿的范围,根据法定赔偿原则,国家不应当承担赔偿责任。”参见广东省高级人民法院 2007 年 12 月 20 日做出的《关于黄宜东申请广州市中级人民法院错误判决赔偿一案国家是否应当承担赔偿责任的请示》,〔2007〕粤高法委赔字第 6 号。

^[33] 参见最高人民法院 2009 年 7 月 17 日做出的《关于二审判决减轻刑事处罚致被告人实际羁押期限超出刑期是否给予国家赔偿的答复》,〔2008〕赔他字第 5 号。

果的角度作出规定,确定错判的赔偿责任的依据,并不是司法机关及其工作人员的行为违法,即只要被刑事追究的人最终被司法机关作无罪处理,国家就应给予赔偿,而不以司法机关是否存在违反法律规定的行为为条件。”^[34]但在黄宜东案中,最高人民法院在对广东省高级人民法院的答复中又改弦易张,“一、二审法院审理实际所用的时间符合刑事诉讼法的有关规定,并无违法”,并据此否认了赔偿申请人黄宜东的请求。由此可见,“再审改判无罪”赔偿条款到底采用违法归责还是结果归责,不仅在地方法院间存在较大分歧,最高人民法院的观点似乎也前后矛盾。^[35]事实上,由于受制于私法过错侵权责任的定式思维,法官证成国家赔偿责任时不仅要求国家机关及其工作人员存在违法行为,而且要求其存在一定过错。这在《国家赔偿法》实施的早期不失为一条控制刑事赔偿泛滥的稳妥方法,但在晚近却成为赔偿请求权实现的客观障碍。

其二,根据法定赔偿原则,再审改判后的赔偿问题是否受到“无罪(羁押)赔偿原则”的限制。法院普遍认为,法定赔偿原则乃《国家赔偿法》基本原则,故而赔偿请求权只有在《国家赔偿法》明定的范围内找到依据才能成立。换言之,依循法定赔偿的逻辑,再审改判后的赔偿问题涵摄到《国家赔偿法》中对应“再审改判无罪”赔偿条款,而此项又被认定为法定赔偿原则框架下的“无罪赔偿原则”。^[36]因此,在无罪赔偿原则的逻辑预设下,并非所有的错误刑罚或错误羁押都当然地发生国家赔偿,关键在于最终判决是否“无罪”。因此,改判之后的结果若不是无罪,而只是改为轻罪、一罪或轻刑都不符合“无罪赔偿原则”,一概不予赔偿。肖岫先生就认为:“所谓错捕、错判侵犯自由权的赔偿,都是无罪羁押赔偿,有罪公民被羁押,无论是轻罪重判或者是超期羁押,或者是不追究刑事责任,国家都不予赔偿。”从这一点来看,无罪羁押赔偿原则缩小了违法赔偿原则在羁押赔偿中发挥的作用:“凡属国家赔偿的,皆因羁押违法,但羁押违法的,并非都要赔偿,只有符合国家赔偿法规定的违法羁押,才能导致国家赔偿责任。”^[37]

其三,“再审改判无罪”赔偿条款的涵射范围到底有多大,该条款是否留下了足够空间来容纳后三种案例类型。前文列举的后三种案例类型之所以均未获得赔偿,关键还在于对“再审改判无罪”赔偿条款的解释存在争议。首先,法条中“再审”的规定是否具有排他性?换言之,是否能够据此排除重审和二审中被改判为无罪、轻罪或轻刑的情形?有观点认为,“因上诉改判承担赔偿责任的案由是‘错误逮捕’,适用法律是《国家赔偿法》第15条第2项;由于再审改判承担的赔偿责任乃是‘再审改判无罪’,适用的却是第15条第3项”,^[38]然而,新法第17条第2项所规定的“判决宣告无罪终止追究刑事责任的”却又未必能够适用于黄宜东等案。^[39]所以,“再审”改判的限定没有

[34] 参见2004年12月8日《广西壮族自治区高级人民法院关于适用最高人民法院对涉爆案件处理的两个司法解释,在刑罚执行期间再审改判无罪的是否属于国家赔偿范围的请示》,[2004]桂法委赔监字第14号。

[35] 事实上,在2010年修改国家赔偿法之前,原《国家赔偿法》第2条第1款规定:“国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”此处将违法行使职权作为受害人取得国家赔偿的要件之一,因此有观点认为国家赔偿法在修改之前实行的是违法归责原则。但也有观点认为,违法归责并非国家赔偿归责原则的全部内容,修改前关于刑事赔偿范围的规定实行的乃是结果归责,而非违法归责。参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著:《中华人民共和国国家赔偿法解读》,法制出版社2010年版,第7页。

[36] 在吉林省高级人民法院向最高人民法院请示的倾向性意见中甚至认为,“无罪赔偿原则”乃是宪法规定的原则。见前注[25]。

[37] 肖岫:《中华人民共和国国家赔偿法的理论与实用指南》,中国民主法制出版社1994年版,第164、166页。

[38] 陈春龙:《中国司法赔偿实务操作与理论探讨》,法律出版社2002年版,第167页。

[39] 《国家赔偿法》(2012年修正)第17条第2项规定的刑事赔偿范围为“对公民采取逮捕措施后,决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的”。

照顾到重审和二审也存在改判,因此可能存在立法局限性。其次,不论是该条第2项还是第3项,法条规定的“无罪”到底是客观上要求改判结果为被告人单纯不构成原审判定某一罪,还是全案无罪?在另一案,即福建邹俊敏案的赔偿决定书中,对此做了解释,即所谓“无罪”是指“经过再审确认被告人没有违法行为或者违法行为不构成犯罪而撤销原来的有罪判决”,“……只是在定罪和量刑上作了变动,将重罪改为轻罪,而非再审改判无罪”,因此只要赔偿申请人最终有罪,就不属于“再审改判无罪”赔偿范围,依法不应取得国家赔偿。^[40]但在曲伟案中,吉林省中级人民法院赔偿委员会的倾向性意见认为,在首次再审改判中虽然出现了具体个罪被改判为无罪却尚未超期羁押,在第二次再审改判中虽然出现超期羁押却并非改判为无罪(由绑架罪改判为非法拘禁罪),因此,否定了少数意见以“综合全案来看”的分析路径,仍然不予赔偿。

综上案例可见,“再审改判无罪”赔偿条款给司法适用留下的解释空间实在有限,尤其是“再审”和“无罪”限定了相当狭隘的赔偿空间,也给刑事司法赔偿实践带来了不小的解释困难。从各类案例赔偿结果的对比之中可见端倪,从赔与不赔观点的交锋观察中也能窥其堂奥,所以有必要对“再审改判无罪”赔偿条款的立法局限之处进行反思,并尝试通过司法解释提供修补这一局限的可能方案。

二、“再审改判无罪”赔偿条款的立法局限审查

“再审改判无罪”赔偿条款在1994年《国家赔偿法》立法之初就充满争议,最终作为“无罪羁押赔偿原则”的立法体现而被写入《国家赔偿法》。^[41]因此,“再审改判无罪”赔偿条款既有肯定赔偿“有罪改判无罪”类型案件的积极功能,也有否定其他三类案件获得赔偿救济的消极功能。无疑,当时立法者的理由在一定程度上值得尊重,但上述案件事实及相关裁判争议焦点确有必要经由法教义学上的立法审查评价进行整理。

(一) 审查根据、框架、标准与强度的确立

1. 审查根据

由于审查对象是《国家赔偿法》中“再审改判无罪”赔偿条款的立法局限,所以规范根据应当是宪法及具有宪法位阶的法基本原则。具体来说,其一,《宪法》第33条规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”,作为基本权利的平等权要求《国家赔偿法》对我国公民提供平等的救济保护;其二,《宪法》第37条规定了公民人身自由不受侵犯,“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由”,作为“最低限度自由”的人身自由权要求《国家赔偿法》对人身自由受到国家侵害的情形提供更圆满的保护;其三,《宪法》第41条规定,“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利”,由于该条中并没有限定“侵犯”行为是否为违法行为、是否以主观过错为要件,因此该条可成为国家赔偿责任和补偿责任制度共同的宪法根据。宪法上关于公民平等权、人身自由权和获得国家赔偿或补偿权利的规定是《国家赔偿法》的规范目标,同样也为审查“再审改判无罪”赔偿条款的立法局限提供了规范根据。

2. 审查框架

对“再审改判无罪”赔偿条款的立法局限进行审查的框架,到底应该选取自由权侵害的三阶段

[40] 参见福建省高级人民法院赔偿决定书,(2018)闽法赔字第6号。

[41] 参见应松年主编:《国家赔偿法研究》,法律出版社1995年版,第178页。

审查还是平等权侵害的二阶段审查框架,这取决于本条款所干预、限制的到底是哪种基本权利。^[42] 樊崇义教授曾提出,再审改判轻罪轻刑而实际执行的刑期超过改判后刑罚时,按照无罪羁押赔偿原则却不予赔偿,将“轻罪重判,且执行期限已超过改判后刑期案件”排除在国家赔偿范围之外,这显然严重侵犯被告人的人身权利,侵害了被告人根据宪法和基本法律所享有的人身自由。^[43] 表面上看,“再审改判无罪”赔偿条款的消极功能似乎是侵害人身自由权,但是实质上并非如此。就本议题具体来说:第一,侵害人身自由权的首先是原审错误判决,在二审或再审改判发现超期羁押后便立即释放,所以《国家赔偿法》面对的并非限制人身自由权的问题,而只是对侵害后果是否予以赔偿救济的问题;第二,不论该条款是否适用(甚至是否存在),被超期羁押者人身自由权遭到侵害的事实业已发生,不予赔偿的决定并不会加深或者扩大侵害后果;第三,根据上述四类案例来说,第一种最终改判无罪者根据该条款确实获得了赔偿,只是该条款出于某种立法目的进行了区别对待,即对后三种改判为轻罪轻刑者区别对待以致对其完全不予救济。所以,对该条款应当采取法教义学上的二阶段平等权审查框架,即首先审查是否存在不平等对待,其次审查不平等对待的正当化问题。

3. 审查标准

依前文所述,广义上的审查规范根据还包括司法判决和法理通说所确立的比例原则审查标准,而从我国司法判例的发展来看,已经基本确立了比例原则“三阶论”的种属和位阶。^[44] 经典的三阶论比例原则审查标准引自德国法,具体包括:(1)适当性原则:立法选择的手段有助于立法目标的实现;(2)必要性原则:存在多种可供选择的手段时应当采取“损害最小的方法”;(3)均衡性原则:作为所欲实现的公共利益之目标与立法选择的手段所侵害的公民利益之间应当实现一定的均衡性。^[45] 但是,随着比例原则在理论和实务中越来越多的本土化应用,我国学者开始讨论将目的正当性审查纳入比例原则的框架中从而组成“四阶论”：“目的正当是公权力行为正当的前提”，确立“四阶论”的比例原则“有利于限制立法者、行政者的目的设定裁量，有利于实现实质正义，充分保障人权”^[46]。但是，蒋红珍教授认为“将仅仅违反目的正当性的措施视为‘违反比例原则’，似乎有‘过度拉伸’比例性解释的嫌疑”，所以将其定位为“比例原则审查之预备阶段”。^[47] 事实上，目的正当性审查不论是纳入比例原则之中建构“四阶论”还是将其定性为“预备阶段”以保持“三阶论”的构成，都强调了目的正当性审查的重要地位，所以本文将其为首位具体审查标准。

4. 审查强度

根据上文分析,“再审改判无罪”赔偿条款关系到所有因错误判决而受到超期羁押的人是否能够得到赔偿救济的问题。从美国和德国在宪法平等原则上的审查强度可知,凡涉及剥夺公民生

[42] 关于基本权利审查步骤的具体区别,可参见[德]罗兰德·布罗梅、谢立斌:《基本权利审查》,载谢立斌编:《经济活动的法律保护:中欧比较》,中国政法大学出版社2017年版,第2—3页。

[43] 参见樊崇义、胡常龙:《走向理性化的国家赔偿制度——以刑事司法赔偿为视角》,载《政法论坛》2002年第4期,第96页。

[44] 蒋红珍:《比例原则在“陈宁案”中的适用——兼及“析出法”路径下个案规范的最短射程》,载《交大法学》2014年第2期,第166页。

[45] 蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载《政大法学评论》总第62期(1999年),第89—90页。

[46] 刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期,第133页。

[47] 蒋红珍:《目的正当性审查在比例原则中的定位》,载《浙江工商大学学报》2019年第2期,第64页。

命、自由、财产等基础性权利的立法分类均应当施以严格审查,即“政府必须证明,在分类中是要追求迫切而重大的利益且选择严密契合的手段,而且对受制不利之群体不存在较小负担的选项,并且原则上不容许涵盖过广或涵盖过窄的规则”。^[48]“再审改判无罪”赔偿条款的条文含义和司法实践证明,它实际上排除了前述案例中出现的重审或二审改判的情形,排除了改判结果为轻罪轻刑的情形,所以应当选择较为严格的审查强度。

(二) 基于平等权审查框架的逻辑展开

1. 不予赔偿属于不平等对待

“再审改判无罪”者和“再审改判轻罪轻刑”者同样因受到了错误裁判而受到法外刑罚,也同样在改判后被释放,若对前者予以全面赔偿,而对后者却不问被超期羁押多久而一律不予赔偿,显然属于不平等对待。事实上,我国《监狱法》第38条就规定,刑满释放人员依法享有与其他公民平等的权利。虽然服刑人员在服刑期内的某些权利可能受到限制,但刑满释放人员在法律评价上就属于“无罪者”,就应当跟所有“无罪者”一样得到平等对待。前述立法上的差别对待实质上是以是否存在“前科劣迹”作为立法分类依据,但是“前科劣迹”虽可能在刑法上作为定罪(如多次盗窃)或量刑(如累犯)的法定事由,却没有根据也没有理由作为《国家赔偿法》是否予以赔偿救济的决定事由。而且,罪与非罪可能在事实上非常相似或接近。譬如,甲乙二人同样因盗窃行为被错判为绑架罪,同样被判处有期徒刑15年,也同样在服刑完毕后经再审改判,但是根据当地盗窃罪入罪2000元的数额标准,甲经再审认定盗窃1900元而被宣告无罪,仅受行政处罚,最终超期羁押获得全面赔偿;乙经再审认定盗窃2100元而被认定为盗窃罪,处缓刑甚至管制、拘役等轻微刑罚,最终因“有罪”而不予赔偿。可见,甲乙二人同样在“法定刑罚”之外被课处“法外刑罚”,却仅仅因为出罪、入罪标准的细微差异而在赔偿救济中受到完全不同的待遇,最终不予赔偿对乙显然构成不平等对待。所以,一旦“无罪”与“有罪”在“质”的差异上相当接近,而二者“超期羁押”之期限在“量”的比较上又相去甚远时,这种歧视就表现得更加明显。

2. 不平等对待的正当化审查

在确认对后三类案例不予赔偿属于不平等对待后,就需要进一步审查这种不平等对待是否成立:

(1) 第一步:目的正当性审查。目的之一,是保护受害人及纳税人的权利。直接参与立法的肖岫先生解释了拒绝对再审改判轻罪轻刑产生的超期羁押予以赔偿的原因:“第一,一些犯有破坏经济秩序、侵犯他人财产、贪污、拐卖妇女儿童等罪行的人早已将不义之财挥霍干净,他们既无钱也无物退赔国家或者赔偿受害人,国家再赔他们,有点颠倒黑白。第二,受害人和纳税人对这些人早已咬牙切齿,如果赔了他们,他们当然高兴,却又侵害了受害人的精神权利和违背了纳税人的意愿,他们会受到伤害。”^[49]这一解释表达了《国家赔偿法》之所以坚持“无罪羁押赔偿原则”的原因,即出于惩罚有罪者并安抚受害人感情的考虑,维系民众对法律正义的情感期待。那么,受害人或者普通民众对于有罪者是否获得赔偿的“情感期待”在此是否构成不平等对待的正当性目的呢?就美国司法审查中的目的正当性标准来看,“把一部分人对道德的评价当成立法目的,用分类的方法使另一部分人遭受不公正待遇,应当认为立法目的不合法”。^[50]而且,犯罪对受害人以及社会的伤害、被告人的主观恶性以及是否对受害人进行了退赔等,是在定罪量

[48] 张青波:《宪法平等原则对立法分类审查的体系性标准》,载《法商研究》2015年第5期,第168页。

[49] 参见肖岫:《修改国家赔偿法应做到“与时俱进”》,载《行政法学研究》2008年第4期,第5页。

[50] Calvin Massey, *American Constitutional Law: Power and Liberties*, Aspen Publishers, 2005, p.35.

刑环节所要考虑的问题,不宜作为国家对犯罪人超期羁押后决定赔偿与否的考虑因素。因此,此时出现了“政府试图追求一项超越或违背法定(《国家赔偿法》)目标之外的目的,从而造成目的正当性的瑕疵”^{〔51〕}。

目的之二,是保护司法机关及其工作人员的工作积极性。曾参与《国家赔偿法》立法的应松年教授承认,虽然再审改判轻罪轻刑而超期羁押的部分确系违法,也确实需要改正,但对受害人的赔偿却可能成为对司法机关先前工作的否定,因此应当出于保护司法机关的工作积极性的考虑而不予赔偿。^{〔52〕} 司法机关及其工作人员的积极性关系到司法制度运行的效率和效果,无疑关联着重要的公共利益。从宽泛的角度来说,不妨留给适当性原则做进一步审查。

目的之三,是减轻国家财政负担,保护国家利益。虽然立法者将狭义上的国家赔偿和国家补偿的任务都交由《国家赔偿法》来完成,但却没有采用结果责任原则,这主要是考虑到当时的财政支付能力有限。^{〔53〕} 也有学者虽然认为对再审改判轻罪轻刑产生的超期羁押或错判死刑而执行的应当进行赔偿,但同时也提出“鉴于刑事赔偿制度刚刚创立,国家财政紧张且有许多实践操作问题尚未理清,因此,我国《国家赔偿法》将上述情况排斥在赔偿范围之外”。^{〔54〕} 从立法时的背景出发,这一目的也可以得到理解,因此也不妨将该问题留给均衡性审查环节。

(2) 第二步:目的与手段的适当性审查。司法机关及其工作人员的积极性确实值得鼓励,然而,通过牺牲被超期羁押者的赔偿请求权来避免其工作积极性受到挫折,这在手段与目的上并没有因果关系。换言之,赔偿与否是由改判结果决定的。如果为了维护司法机关及其工作人员的工作积极性就要反对对受害者进行赔偿,那么连同再审或二审改判是否要一并予以反对?坦言之,对因错判受到的超期羁押予以赔偿,乃是错判的必然逻辑结果,所以不予赔偿不能起到肯定效果,赔偿也不会起到相应的否定作用,二者并不存在必然联系。相反,不予赔偿只会损害二审或再审判决的有效性和权威性。当然,也有学者认为不予赔偿乃是因为:“在法律上,我国豁免了法官在判决中自由裁量行为的赔偿责任,这与许多国家的法律以及判例相一致。”^{〔55〕} 然而,豁免法官错误裁量之责任并不意味着必然要剥夺因错误裁量而受到人身权损害者的赔偿请求权,我们不能忽视一个基本的事实——《国家赔偿法》是国家责任法而非责任豁免法,更不是法官责任追究法。所以赔偿请求权的成立决不等于法官错判之责任的成立,事实上后者主要依赖错案追究制度。因此,不予赔偿不能通过适当性审查。

(3) 第三步:手段必要性审查。为了减轻财政压力,立法在本议题上确实存在其他选择。其一,可以在厘定国家致害行为之合法性的基础上,选择对被超期羁押者按照低于赔偿标准的补偿标准予以救济。其二,可以划分不同情形对被超期羁押者的赔偿请求权,而相应做出不同限制,如赔偿申请人对原错误判决存在过错的,包括故意作不实陈述或故意隐瞒事实,或因重大过失未能提出罪轻证据以及减轻处罚情节的,可以嗣后排除其超期羁押赔偿请求权。但是,不问原判是否存在滥用裁量权,也不问超期羁押可归责于国家程度之高低,更不管被告人因超期羁押所受损失之轻重,只要最终“有罪”便一律拒绝赔偿的做法,确乎选择了对平等权损害最大、干预过大、负担过重的手段,实非为避免国家赔偿泛滥之必要,所以无法通过必要性审查。

〔51〕 见前注〔47〕,蒋红珍文,第62页。

〔52〕 见前注〔41〕,应松年书,第181页。

〔53〕 参见陈光中、赵琳琳:《国家刑事赔偿制度改革若干问题探讨》,载《中国社会科学》2008年第2期,第105页。

〔54〕 皮纯协、冯军主编:《国家赔偿法释论》,中国法制出版社1998年版,第164页。

〔55〕 刘嗣元、石佑启:《国家赔偿法要论》,北京大学出版社2005年版,第216页。

(4) 第四步：利益均衡性审查。对再审改判后的超期羁押是否赔偿的问题，究其根本来说，乃是利益衡量的问题。高家伟教授认为，在《国家赔偿法》上，需要衡量的重要利益主要包括国家财政支付能力、人权保障、国家机关的效率性和法治性，基于此所得出的“利益最大化衡量的结论”乃是，“在损害已经发生的情况下，关键不是要不要赔（范围），而是如何赔（方式和标准）的问题，这是《国赔法》修改时应当采取的基本立场”。^{〔56〕}而且，伴随着国家财政收入的大幅增加，财政能力的考量显然已经退居次要地位，人权保障则上升为主要地位，尤其成为《国家赔偿法》的首要目的。事实上，从1994年立法时的历史情境出发，为了保证国家财政安全，适当收紧国家赔偿请求的闸门似乎可以被理解，毕竟“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会文化发展”。^{〔57〕}然而，时至今日我国全国财政收入相较1994年已经同比增长了30多倍，^{〔58〕}因此阻碍被超期羁押者赔偿请求权实现的已经不再是财政支付能力问题，而是赔偿制度本身的问题。而且，既然当今国家财政支付能力足以惠及公民“生存照顾”，且已延伸到了文化、教育、经济和社会保障乃至环境保护上，那么我们完全有理由相信，在赔偿被超期羁押者的人身自由损害中，财政能力并非重大障碍。所以，从报偿平等的考量出发，国家应当对所有被超期羁押者承担相同的道义责任；从分配平等出发，财政应当不分是否存在“前科劣迹”，对所有因承受超过一般社会公众所承受的司法风险而付出代价者进行补偿。在利益衡量上，拒绝赔偿看似减少了财政支出，但是财政可能要为此投入更多，以弥补国家在保障人权和践行法治等方面的损失；予以赔偿可能增加了财政支出，但是相比于国家因此而在保障公民平等权和实现社会正义等方面所取得的收益来看，这点支出实在微乎其微。所以，不予赔偿不能通过均衡性审查。

综上可知，“再审改判无罪”赔偿条款无法通过目的正当性审查、适当性审查、必要性审查和均衡性审查——立法进行了不当分类，对平等权构成了严重侵害。

三、“再审改判无罪”的司法适用困境及突破

依前所述，“再审改判无罪”赔偿条款在其适用过程中存在着排除后三类案件而最终获得赔偿救济的消极效果，但这并不能通过合宪性分析，即法院所做出的不予赔偿决定缺乏合宪性与正当性。然而，大量类似案件未来必然会再次上演，如何给予后三类被超期羁押者以公平而圆满的救济是法院在适用该条款时所不能回避的正义难题。所以，在立法暂时无法得到修订的情况下，司法机关应当对该条款做出合宪性解释。不过，根据前文对法院大量不予赔偿决定书、高级人民法院向最高人民法院的请示及相关答复来看，不予赔偿决定的做出实际上是由于受到了违法赔偿原则、过错赔偿原则和法定赔偿原则的辖制。因此，本章重新审视这几大原则在适用过程中的解释论困境，并试图在司法适用上寻找突破这些桎梏的方法。

〔56〕 高家伟：《国家赔偿法》，商务印书馆2005年版，第89—90页。

〔57〕 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译：《马克思恩格斯选集》（第3卷），人民出版社1972年版，第12页。

〔58〕 我国1995年全国财政收入为6187.73亿元，2019年全国财政收入达到190382.23亿元，相比1995年增长30多倍。参见刘仲藜：《关于1995年中央和地方预算执行情况及1996年中央和地方预算草案的报告》，载《人民日报》1996年3月21日，第3版；财政部：《关于2019年中央和地方预算执行情况与2020年中央和地方预算草案的报告》，载《人民日报》2020年5月31日，第2版。

（一）违法赔偿原则的适用困境及其矫正

传统国家赔偿法理论普遍都认为，违法赔偿原则是我国国家赔偿制度的基本原则。^{〔59〕}虽然在2010年《国家赔偿法》修法后将第2条第1款的“违法”去掉，改为“行使职权”，但违法赔偿原则仍然在行政赔偿和司法赔偿中作为重要归责原则存在。^{〔60〕}从法条中具体列明的赔偿范围来看，行政赔偿全部以致害行为的违法性为构成要件，而司法赔偿则采取违法兼结果的混合归责原则。在上述黄宜东案、陈虎案、陈长根案、曾志某案、梁某新案等最终不予赔偿的决定书中均认为：原审法院依据刑事诉讼规则做出判决并无违法行为，因此就不存在赔偿责任。这种论证逻辑实际上是试图以诉讼过程的合法性来遮蔽审判结果的违法性问题，从而依托违法赔偿原则主张“并无违法行为”来否定赔偿责任。

表5 再审(二审)改判原因及其法律评价表

| | 再审(二审)改判原因 | 法律评价 | |
|--------|-------------------------------|------|------|
| | | 诉讼过程 | 审判结果 |
| 事实认定错误 | 1. 事实问题：原审裁判认定事实错误，影响定罪量刑； | 合法 | 违法 |
| | 2. 证据问题：原审证据不足或矛盾、应当排除或出现新证据； | 合法 | 违法 |
| | 3. 违法问题：原审审判人员贪污受贿、徇私舞弊或枉法裁判； | 违法 | 违法 |
| 法律适用错误 | 4. 定罪问题：原审定罪错误，混淆罪与非罪、此罪与彼罪； | 合法 | 违法 |
| | 5. 量刑问题：原审量刑畸轻畸重，罪责刑出现严重失衡； | 合法 | 违法 |
| | 6. 程序问题：原审违反法定程序，影响定罪量刑公正。 | 违法 | 违法 |

对上文案例的改判原因进行整理，可以归纳出事实认定和法律适用上的两类错误。然而，从诉讼过程和审判结果的角度来评价却能得出不同的结论。诉讼过程的合法性检验仅仅是从外观形式上对诉讼程序和审判人员中立性进行判断，事实认定和法律适用中的部分错误虽然能通过刑事诉讼法的合法性检验，但仍然不能回避审判结果之违法性和失当性的本质。例如，上表第1项和第2项所提到的事实问题和证据问题，本身受到有限的司法科学之局限，不论诉讼过程如何规范、公正，审判结果都不可避免地可能出现违法情况；再如，上表第4项和第5项所提到的定罪问题和量刑问题是刑事实体法所规定的罪责刑相适应原则的要求，程序合法性并不能为实体结果上的违法性做出有效辩护。

必须申明，《国家赔偿法》所确立的违法赔偿原则之“违法”应当是一种广义上的违法。事实上，公务员执行职务之行为违法性，确实存在狭义违法说和广义违法说两种观点。狭义违法说主张违法系指违反法律或命令，广义违法说认为《国家赔偿法》之“违法”并不局限于直接违反法律或

〔59〕 原《国家赔偿法》第2条第1款规定：“国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其它组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”肖岫先生曾认为：“我国的刑事赔偿以至于整个司法赔偿的归责原则是违法原则。”见前注〔37〕，肖岫书，第90页。高家伟教授也认为：“在司法赔偿的归责原则方面，我国国家赔偿法采取的仍然是违法归责原则。”高家伟：《国家赔偿法学》，工商出版社2000年版，第65页。马怀德教授最初也认为，“我国司法赔偿采用的归责原则为违法原则”，而且这一原则具体为“司法机关违法与司法人员违法犯罪并重原则”。马怀德：《国家赔偿法的理论与实务》，中国法制出版社1994年版，第199、196页。

〔60〕 修改前的《国家赔偿法》列明的司法赔偿范围，例如对错误拘留、逮捕，再审改判无罪、原判刑罚已经执行的，等等，实行的是结果归责，而不是违法归责原则。参见江必新：《国家赔偿法原理》，中国人民公安大学出版社1994年版，第115页；前注〔35〕，全国人大常委会法制工作委员会国家法室书，第7页。

命令之行为,而凡是客观上欠缺正当性的行为均是“违法”。^[61] 公务员之责任追究与公民人身财产赔偿救济不可等量齐观,而国家赔偿着眼的乃是后者,加之公务员确有诸多事实性、执行性行为,因此当侵害行为及损害实际发生,《国家赔偿法》不应当纠缠于行为本身合规与否,而应当着眼于损害之救济。所以,只要是基于客观之不法行为致使损害发生的,即便对部分国家行为之违法性存在疑义,也应当以平等原则、公序良俗、诚实信用原则等作为补充标准判断是否违法,肯定赔偿请求权成立的可能。曹竞辉教授认为,“对违法之解释,以广义说为可采”。^[62] 毕竟,“只有法律才能为犯罪规定刑罚,而超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚”,^[63] 所以在定罪量刑的结果上违法,同样应属违法赔偿原则之“违法”。高家伟教授就主张,“国家机关及其工作人员行使裁量权,违反比例原则要求的,构成实质意义上的违法”,并指出,“这方面的典型是所谓‘显失公正’处罚的变更赔偿,以及轻罪重判的赔偿”。^[64] 为了保障诉讼程序正常展开,刑事法不可能苛求法官定罪量刑达到绝对精准,但赔偿法也绝不能放任定罪量刑的重大失误,给被告人造成严重损害而坐视不理。

综上,对违法赔偿原则之“违法性”的认定,应当采取违法广义说的立场。《国家赔偿法》中的“违法”标准是为了实现公民赔偿请求权而设定,不应当直接援引行政诉讼法中对行政行为审查的“违法”标准。《行政诉讼法》第70条设定的违法标准偏重于狭义的形式违法,主要是为司法权制约和监督行政权提供尺度,而与直接面向公民进行赔偿救济的理论基础有着本质区别。^[65]

(二) 过错赔偿原则的适用困境及其排除

公法学视野中,容易将违法赔偿原则和过错赔偿原则混同甚至等同起来:“倘若将无过错原则作为归责原则,那必然意味着国家行为是否合法并没有意义,刑事赔偿的范围也有可能无限扩大,所以只能采取违法赔偿原则作为归责原则。”^[66] 如上述阎俊魁案、王勋案、黄宜东案、陈虎案等法院赔偿或不予赔偿的决定书中,都以原审法院不存在过错为由逃避赔偿责任。尽管受到一定历史和现实条件的限制,在《国家赔偿法》中实行彻底的无过错赔偿原则是有困难的,但总的趋势应当是向此方向迈进,尤其是扩大过错解释之范围,由过错责任原则向过错与无过错责任兼容的方向发展。^[67] 事实上,我国在赔偿实践中对过错责任原则进行了相当程度的改进:一直以来,立法和司法都在不断试图扩大“过失”的认定范围,并不断减少赔偿申请人对于“过失”之举证责任,或是放宽“公务过失”的认定标准而收纳更多的“个人过失”,由此降低赔偿请求权成立的门槛标准。^[68]

[61] 日本学者中主张狭义违法说的有矶崎辰五郎、未川博、小沢文雄、西尾昭等,主张广义违法说的有仓辽吉、渡边太郎、下山瑛二、乾昭三、古崎庆长、杉村敏正、今村成和等。参见曹竞辉:《国家赔偿法之理论与实务》,新文丰出版公司1981年版,第46页。有如学者有仓辽吉所言:“如考虑不法行为责任系以发生损害之公平负担为目的的时,则未有限定于法规违反之必要,故于行政处分欠缺法规所定要之狭义违法外,更包括裁量行为之不当,以及事实行为之违法等广泛欠缺正当性之行为。”参见翁岳生主编:《行政法》(下册),中国法制出版社2009年版,第1653页。

[62] 见前注[61],曹竞辉书,第46页。

[63] [意]切萨雷·贝卡利亚:《犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2014年版,第14页。

[64] 高家伟:《国家赔偿法》,商务印书馆2004年版,第87页。

[65] 张航:《“轻罪重判”的司法困境及其出路》,载《行政与法》2019年第7期,第98页。

[66] 见前注[41],应松年书,第176—177页。

[67] 见前注[38],陈春龙书,第63页。

[68] 见前注[54],皮纯协、冯军书,第28页。

民法和刑法理论都认为,责任的实体乃是过错,倘若无过错即无责任,将其移植到公法上来便顺理成章地成为国家赔偿之归责原则。一方面,过错责任之首要功能在于划清赔与不赔的界限。公务人员之违法行为在大多数情况下可能存在过错,至少是存在过失,所以过错责任原则与违法责任原则在经验逻辑上存在联系。另一方面,过错责任原则确立了对致害行为进行评价的价值标准。过错主要体现在公务行为的实施过程中,而过错反映了客观违法公务行为在主观上的非道德性动机。因此,过错责任原则使得国家赔偿责任具备了违法抑制功能和行为矫正功能,有助于抑制国家机关及其工作人员的违法行为,有助于规范和矫正公务活动。

但是,民事过错侵权理论的主要贡献在于,顺利解决了国家赔偿法中国家机关及其工作人员对受害公民承担赔偿责任的可能性与必要性问题,同时也一并为其提供了衡量责任大小的尺度。然而,肇始于私法领域的旨在解决平等主体之间纠纷的侵权责任工具,若移植到公法领域必然会出现水土不服。这是由于,在国家赔偿领域始终存在“违法行为的范围小于侵权行为的范围”^[69]的矛盾,所以,过错责任原则先天就无法对非违法性侵权行为进行答责。进言之,过错责任原则在完成其使命后,俨然成为《国家赔偿法》救济公民损害的障碍:一是确定过错主体困难。由于公务活动大多是一个连续不断的过程,公务行为通常经由诸多人员、步骤和手续完成,因此难以确定过错责任主体。二是确定过错本身困难。运用权力本身兹事体大且高度危险,过错又过于依赖行为外观来判定,因此,客观合法性常常能为主观过错背书。久而久之,主观过错原则沦为国家逃脱责任的保护伞,过错责任主义成为公民实现赔偿请求权的重大障碍。^[70]由于过错赔偿原则致使国家赔偿责任一旦发生,公务人员之过错责任即告成立,因而各种因素的综合与联结使得二者“产生了某种微妙的联系,这种联系在客观上造成了国家机关对是否存在国家赔偿责任百般规避和推脱”,^[71]而过错赔偿原则恰能为这种规避和推脱提供借口,这种概念的不当联结不仅额外增加了《国家赔偿法》的责任追究任务,而且更容易在事实上阉割其赔偿救济功能。^[72]

综上,在决定对于再审改判轻罪轻刑超期羁押的情况是否予以赔偿救济时,应当排除过错责任的适用。过错责任原则主要是为了避免不特定的人在不特定的情形中承担不特定的民事责任,抑或是为了限制国家刑罚权并防止刑事结果责任的泛滥,此皆发挥着公民自由保障之机能。但国家赔偿法的核心功能在于赔偿救济,而非公务员之责任认定,因此,应当将考察公务员之主观过错环节彻底排除在国家赔偿救济的决定过程之外。

(三) 法定赔偿原则的适用困境及其改进

八二宪法制定后,国家赔偿制度的法典化进程逐步结束了早期赔偿制度分散、重复、交叉和矛盾的状态,这无疑有利于统一执法。为了防止国家赔偿范围漫无边际、无限扩大,同时又要以明定法的方式确保受害人实现赔偿请求权,国家赔偿必然要通过某种方式确定赔偿范围,而在这一问题上通常都采取法定主义,即法律没有明确规定应当赔偿的不得赔偿。^[73]由于在刑事赔偿的法定范围中,只有第17条第3项“再审改判无罪”与再审改判轻罪轻刑的情形最为接近,但一般又将该项认为是“无罪羁押赔偿原则”的法定表述,认为其只能救济“无罪重判”而排斥“轻罪重判”,因

[69] 马怀德:《完善国家赔偿立法基本问题研究》,北京大学出版社2008年版,第89页。

[70] 见前注[59],高家伟书,第65页。

[71] 应松年、杨小君:《国家赔偿若干理论与实践问题》,载《中国法学》2005年第1期,第6页。

[72] 《国家赔偿法》自出台以来,赔偿实践并不能令社会各界满意,因而出现“国家赔偿法是不赔法”的说法。参见应松年:《让“国家赔偿法是不赔法”的说法从此消失》,载《法制日报》2010年5月4日,第4版。

[73] 马怀德主编:《中华人民共和国国家赔偿法释义》,中国法制出版社2010年版,第232页。

此法定赔偿原则成为有罪者获得赔偿的另一桎梏。事实上,从“再审改判无罪”未必就能绝对导出“无罪羁押赔偿原则”,我们在发现其立法局限之处后,完全可以遵循《国家赔偿法》的立法精神,将其理解为“错判羁押赔偿原则”。

《国家赔偿法》立法之初,主流观点认为,只要判决之刑罚尚未超过《刑法》规定的量刑幅度,就不存在违法的问题,所以也不发生赔偿之问题,因此有学者归纳“错判”之内涵为:“发生法律效力之判决违反刑法的规定,将无罪的公民定为有罪,经再审予以改判宣告无罪的,原判为错判。”^[74]但这种观点显然值得商榷。其一,对错判进行文义解释,则其至少应当包含定罪错误或量刑错误。然而,传统观点仅仅注意到第一类无罪错判为有罪的案件,忽视了此罪错判为彼罪、一罪错判为数罪和纯粹量刑畸重的后三类案件。申言之,定罪和量刑乃审判活动中不可分割的环节,二者均是检验审判活动质与量的标准。^[75]所以,定罪错误和量刑错误在逻辑上都属于“错判”的子概念。其二,量刑畸重属于量刑错误,是典型的错判。量刑即对刑种、刑度以及刑罚执行的裁量活动,而刑法完全可能对某一确定罪名设定跨越刑种较多、刑罚幅度较大的空间范围。譬如《刑法》第232条规定的故意杀人罪就有相当宽的量刑幅度——从最轻的三年有期徒刑,直至最重的死刑立即执行,这样一来,若按照传统观点就基本不可能出现此罪的量刑错误了。因此,判决中出现罪责刑显著不相适应时应当将其认定为“错判”。所以,若仅仅将错判定义为被告人本来无罪而被判有罪,而不包括此罪错判为彼罪或量刑畸轻畸重,则过分限缩了错判内涵与外延,与客观情势不符且有违常理常情。

囿于“再审改判无罪”赔偿条款以及上述几项赔偿原则的桎梏,司法决定或批复即便意识到再审改判轻罪轻刑超期羁押不予赔偿欠缺正当性,也只能依循传统立法思路安排的意旨而得出不予赔偿的结论。事实上,法官虽然在形式上遵循了法条的平白文义,但在实质上则可能与赔偿法的立法精神或立法目的南辕北辙。因此,马怀德教授主张《国家赔偿法》应当坚持合理赔偿原则和有利于受害人原则:“国家赔偿必须是合理的,不能因为坚持法定赔偿原则而忽略了赔偿的合理性……从近期看,有必要通过司法解释等明确赔偿的原则和范围,保障受害人合法权益。”^[76]下文将基于司法能动主义的立场,继续在解释论突破上做出努力和尝试。

四、再审改判超期羁押案件予以赔偿的解释论方案

在上述争议性原则的问题得到理清后,紧接着需要在法教义学上寻找具体的突破方案。那么,国家赔偿法到底有没有给再审改判轻罪轻刑创造赔偿空间?进言之,我们如何在“制定法支离破碎、考虑不周并且不公正”时,及时纠正司法适用过程中的“政策偏好”,从而寻求赔偿决定“使审判结果与正义相互和谐”?^[77] 本文认为,可能存在以下两种解释论应对的进路。

(一) 概念扩大解释的方案

第一种方案,即从“再审改判无罪”本身概念扩大解释入手。法律概念自罗马法时代就被认为是极其危险的,尤其是当法律概念及其定义解释不足以满足现实发展的需要时,法律概念便成为

[74] 例如,“处五年以上徒刑”“处三年以上十年以下有期徒刑”“处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”等规定都赋予了人民法院灵活机动的权力,在法定量刑幅度内则不存在错判的问题。见前注[41],应松年书,第189页。

[75] 陈兴良:《刑法适用总论》,法律出版社1999年版,第72页。

[76] 马怀德:《刑事赔偿中的若干问题研究》,载《法律适用》2015年第9期,第6页。

[77] [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1997年版,第2—5页。

司法实现公平正义的莫大障碍。^{〔78〕}“再审改判无罪”中的概念解释必须摆脱形式主义的立场，这是因为，“认识法律并不意味抠法律字眼，而是把握法律的意义和效果”。^{〔79〕}欲寻求再审改判后的赔偿救济结果，必须遵循国家赔偿法的价值导引。不过，这种价值导引，“法律本身是不能提供的，而贯穿其中事物的本质意义，法律的制定和实施必须和其相一致，才能构建公正和谐的社会秩序”。^{〔80〕}国家赔偿就其本质上来说是《宪法》第41条的立法实现，国家赔偿制度实乃公民权利损失的赔偿救济制度，不宜将其他价值目的（如上述提及的传统立法目的）过多地掺杂其中。所以，按照这一价值指引，有公民权利损害之处则应有国家赔偿救济。“再审改判无罪”赔偿条款并不必然具有排他性，换言之，这种肯定式列举并不必然排除“二审改判无罪”或“再审改判轻罪”等赔偿可能性。这是由于，国家赔偿的本质意义在于权利损失之赔偿救济，予以赔偿的根据本质上是值得救济的权利损失事实。

首先，在一人犯有数罪时，刑法规定应当分别审理、分别定罪并且分别量刑，因此某一罪经再审改判无罪之后，即便全案有罪或仍然存在其他罪名，也应当认定为法条所列举的“再审改判无罪”。现实中，“某人先犯某罪被判刑并已执行，后又因某罪被冤判刑，纠正后可以取得赔偿；而另一人因数罪中有一罪被冤判刑，纠正后却不能获得赔偿，显然，这样的‘道理’是不能成立的”。^{〔81〕}事实上，最高人民法院早在对福建省高级人民法院所做的批复中就表明，“再审改判无罪”只要求部分无罪而非全案无罪，只要求被审行为无罪而非被告人无罪。^{〔82〕}

其次，所谓无罪到底是必须要求彻底的“形式无罪”还是可以认定为“实质无实行羁押之理由”？由于超期羁押部分是“实质无实行羁押之理由”，欠缺羁押正当性、不应羁押而予以羁押，因此有学者指出：“所谓‘无罪判决’，不应仅作为‘无辜’认定的解释，某一程度上，亦可将其解释为系经两造双方律师辩护、攻防下竞争所产生之结果，而非最终‘绝对事实’的发现，故而必须强调‘无罪判决’乃具相对性效力而非绝对性效力。”^{〔83〕}具言之，“再审改判无罪”本不要求全案无罪，也不要求被告完全无辜，“无罪”并非绝对事实上的无罪，只要相对意义上的无原审判决之罪即可。所以，只要出现再审改判的情形，确认被告人无原审认定之罪，即便被告人并非全案无罪或仍有其他违法犯罪，都可以认为是一种具有相对性效力的“无罪”，即此处的“再审改判无罪”。这种推论是尊重和依循《国家赔偿法》的整体精神，并可保障其实施效果的正当结论。借鉴拉伦茨所说的“填补开放的漏洞……取向于事物本质也是一种可能的方法”^{〔84〕}来看，亦是按照对公民权利损失之赔偿救济本质的价值导引所寻求的法律漏洞填补方法，是联系四类改判后超期羁押案例的本质所进行的国家赔偿之法的合理续造。这种解释并非是对法教义学的背叛，因为法教义学同样反对像“对圣经的解释态度”那样沦为“独断型解释”。^{〔85〕}相反，刑法教义学对文本的理解是“根据学术上

〔78〕 古罗马法学家因此指出：“一切定义，在法学上都是危险的。”参见周枬：《罗马法原论》（上册），商务印书馆1994年版，第9页。

〔79〕 [德] 卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，卷首语。

〔80〕 杨晓娜：《法律类推适用新探》，中国政法大学出版社2013年版，第146页。

〔81〕 沈德咏主编：《国家赔偿法律适用与案例评析》，新华出版社2000年版，第936页。

〔82〕 最高人民法院认为：“《国家赔偿法》第十五条第（三）项的规定：依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的，受害人有取得赔偿的权利。这一规定应理解为是针对具体个罪而言的。”参见最高人民法院1996年8月1日所作的《关于原判数罪中个罪被改判无罪且该罪刑罚已执行如何适用法律问题的答复》，〔1996〕法赔偿1号。

〔83〕 张玮心：《论“冤狱赔偿”之法律性质》，载《法学新论》总第30期（2011年），第77页。

〔84〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2016年版，第258页。

〔85〕 焦宝乾：《法教义学的观念及其演变》，载《法商研究》2006年第4期，第89页。

精心设定的概念体系”对“确切的内涵进行理解,从而使正当的判断成为可能”,其目的就是为了让教义学更加“实用”,“理性评价更加有力”以及更具价值性。^[86]

(二) 体系补正解释的方案

第二种方案,即从兜底性条款的体系补正解释进路出发。一般认为,国家赔偿法实行的是严格的赔偿法定原则。“所谓赔偿范围,指国家应当赔偿的申请人的损失范围,一般认为,超出《国家赔偿法》第四章明文规定的损失名目的,即不属赔偿范围,国家不应赔偿。”^[87]可见,赔偿范围在理论学说中被假想为一张列举式赔偿清单,并且呈现出封闭化的趋向——若不能顺利归入法条所明确列举的司法赔偿范围中的任何一项,便不能得到任何赔偿。但事实上,国家赔偿法在赔偿范围的表达方面并非绝对的肯定式列举,而是采取了概括与列举、排除与肯定、行为与权利相结合的方式。^[88]就范围的表达逻辑来说,确系如此。^[89]具体来讲,赔偿范围相关规定有些偏重于描述行为,比如第4条第3项;有些偏重于描述结果,比如第3条第4项。由此可见,国家赔偿法的赔偿范围表达逻辑并非是绝对性的,而是相对性的,且具有包容性和开放性。

赔偿范围之开放性等特征不仅仅表现在表达逻辑方面,还表现在赔偿范围确立之条文的兜底性条款上。兜底性条款又称为示例规定,通常在立法无法对列举事项穷尽时采用抽象名词涵盖未尽事宜。^[90]例如,《国家赔偿法》第3条第5项和第4条第4项等。可以发现,无论是“公民身体伤害或死亡”还是“财产损害”,都属于赔偿范围的兜底性条款,属于立法的技术性处理。事实上,法典难免会囿于本身立法语言的非自足性,立法者为了缓和“法律一经制定,便已落后于时代”的尴尬局面,增强法律条款适应变动不居之社会现实的能力,必须在谋求法律的安定性与适应性之平衡问题上进行灵活处理。所以,兜底性条款成为法典得以自足的刚需元素。一方面,设置兜底性条款有助于补救赔偿范围确立之固有缺陷。众所周知,立法者绝无可能将应当赔偿的范围列举穷尽,更不可能准确预见未来现实问题之法律需求。那么,如何处理这些不可穷尽、不可预知之领域?哈特认为:“为了规范这样的领域,立法机构制定了相当一般化的标准,然后授权熟悉不同个案类型之行政机关,依照他们之特别需求来制定规则。”^[91]另一方面,所设置的兜底性条款本身不仅体现为不确定性法律概念,更是具有法律效力的法律规则。国家赔偿法中兜底性条款之“等”或“其他”是条文中的有机组成部分:它们既代表了法条内部并列的未列举事项,同时也依赖其他同类已列举事项的确定含义。所以,上文示例的兜底性条款具有承接规范之功能,应当归属于法律规则的范畴。

立法者对这些兜底性条款的解读同样表达了这种立场。例如对于《国家赔偿法》第3条第5项解读:“本条一至四项所列举的仅仅是其中最为普遍或者最受关注的违法行为,此外还有很多可能对公民人身权、财产权造成侵害的行为,本法没有也无法全部加以列举。”^[92]但是,出于充分保护公民合法权益之目的,《国家赔偿法》采用兜底性条款以弥补有限列举规定之不足。再如对第4条第4项解读:

[86] [德] 沃尔福冈·费里希:《法教义学对刑法发展的意义》,赵书鸿译,载《比较法研究》2012年第1期,第144页。

[87] 付洪林:《国家赔偿法新论》,广东人民出版社2009年版,第206页。

[88] 马怀德主编:《国家赔偿法学》,中国政法大学出版社2001年版,第68页。

[89] 《国家赔偿法》第2条属于概括式,第3条和第4条与第17条和第18条等则属于列举式;第3条和第4条与第17条和第18条属于肯定式,第5条和第19条等则属于否定(排除)式。

[90] 刘风景:《示例规定的法理与创制》,载《中国社会科学》2009年第4期,第94页。

[91] [英] 哈特:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第126页。

[92] 见前注[35],全国人大常委会法制工作委员会国家法室书,第22页。

“这是一项兜底性条款,是指造成公民、法人或者其他组织财产损失的其他一切违法行政行为。”例如还包括行政不作为所造成的其他损害,等等。由此可见,国家赔偿法的赔偿范围并不仅限于法典文本列举的有限事项,“等”或“其他”兜底条款为其他值得救济的情形创造了解释空间。

但是,国家赔偿法第3条乃是围绕“侵犯人身权情形”设置兜底性条款,以此来确立开放的行政赔偿范围,而第17条同样围绕“侵犯人身权情形”来确立刑事赔偿范围,但是缺乏兜底性条款,那么是否意味着刑事赔偿范围就是封闭的?在此情形下是否还存在再审改判轻罪轻刑予以赔偿救济的解释空间?此时,我们就需要借助体系解释的进路来弥补这一立法失误。体系解释就是按照法律条文在法律文本中的具体位置来确定其关联条款和关联法益等,从而查明其含义的解释方法。^[93]从具体实际来看,刑事行为相比于行政行为对于公民人身权可能造成的侵犯要严重得多,因此,《国家赔偿法》作为专门性的公民权利救济法,必然没有理由厚此薄彼,更不可能对行政行为致害之救济更为充分,却使得刑事行为致害之救济存在不足,否则便有违法理常识。杨仁寿教授就认为,我们之所以要在法律解释中经常运用体系解释的方法,是由于法典中的各个法条本身的不完整性甚至是矛盾性,因此有“不完整说”甚至是“体系违反说”,所以只有通过体系解释才能弥补不完整之缺憾,才能畅通体系违反之矛盾。^[94]所以,我们完全有理由相信,第17条缺少兜底性条款乃是立法失误所造就的法典不完整,仅是由于立法者的疏忽大意。因此,有必要通过“举轻以明重”的方法来填补这个法律漏洞:在同一法典中,对可能造成公民人身权侵犯较轻的行政行为赔偿范围的设定都尚且采用兜底性条款保护的方式,那么对可能造成公民人身权侵犯明显较重的刑事司法行为赔偿范围的设定就更加应当提供这种兜底性条款的保护方式。^[95]这种法律漏洞的填补主要是为了减少甚至消弭法律及其适用过程中的“体系违反”,从而圆满实现赔偿法所欲实现之目的和价值。

当我们通过解释方法填补了第17条兜底性条款缺失的法律缺陷后,如何将再审改判后的赔偿问题放入兜底性条款来使其得以顺利解决?《国家赔偿法》第2条通常被认为是法定赔偿原则的直接依据,而在行政赔偿一章,其赔偿范围则由国家赔偿法第2条和第3条分别列举,采取的是以侵犯人身权和侵犯财产权为中心标准的方式;在刑事赔偿一章,其赔偿范围则由《国家赔偿法》第17条和第18条分别列举,采取的亦是以侵犯人身权和财产权的情形为中心标准的方式;再考察《几个问题的解释》第4条的排除性规定,^[96]不难发现,不论赔偿范围相关规定采概括式或列举式,还是肯定式或否定(排除)式表达,都是以受害权利作为标准的,无关乎致害行为的具体样态。所以,兜底性条款的涵摄范围同样应当坚持“再审改判无罪”所采用的结果判定方法,将再审或二审改判轻罪轻刑却在结果上产生超期羁押侵犯人身权的情形纳入其中,实现“再审改判无罪”赔偿条款的解释论突破。

五、余 论

“再审改判无罪”赔偿条款的案例类型化有助于我们归纳赔与不赔的争议焦点问题,也能让我们明晰立法实际上在以罪与非罪的标准来差别对待不同人的赔偿请求。然而,这种立法归类不能

[93] 孔祥俊:《法律解释与适用方法》,中国法制出版社2017年版,第291页。

[94] 杨仁寿:《法学方法论》(第2版),中国政法大学出版社2013年版,第143页。

[95] 这种类推(analogy)的方法也被称为法律增益的过程:当某一规范因具有相同的基本利益而可以概括待解决案件时,将该项法律规范类推适用于待解决案件便是合理的。参见[德]伯阳:《德国公法导论》,北京大学出版社2008年版,第27—28页。

[96] 《几个问题的解释》第4条规定:“人民法院判处管制、有期徒刑缓刑、剥夺政治权利等刑罚的人被依法改判无罪的,国家不承担赔偿责任。”

通过基于平等权的合宪性分析,存在明显的立法局限性。但是,在理清相关赔偿原则在司法适用中的争议问题的基础上,该条款实际上是可以从解释论上寻求突破的。在法教义学上至少存在概念扩大解释和体系补正解释两种方案可供司法采用,从而缓解因立法局限所带来的法治紧张关系。不过从长远来看,修法在所难免。事实上,“再审改判无罪”赔偿条款的设定与一百多年前德国《再审无罪判决补偿法》(1898年)的规定相一致,但此后德国经1904年和1971年两次修法,其补偿范围已经拓展至再审改判轻罪轻刑超期羁押,甚至延伸到所有“处以矫正或保安处分或一项附随结果”。^[97] 同样,奥地利也有类似规定,可见两国无不对因国家犯罪行为致害的公民损失予以圆满救济。^[98] 而且,日本和我国台湾地区较早实现了赔偿与补偿制度的分立,这更加有助于对公民合法权益的维护。究其本质,本议题的深层症结是国家补偿法(至少是刑事补偿法)缺位的问题,如何实现我国独立的国家补偿制度(尤其是刑事补偿制度),还有待学术界和实务界的共同努力,对此我们拭目以待。

Abstract After classifying a large number of retrial and judgment cases, we find the court often makes completely opposite compensation decisions in the four types of retrial or extended detention after the second instance is amended, resulting in some victims not receiving any relief. There are also extended detentions. The “retrial and amended not guilty” compensation clause only supports compensation claims for those who are not guilty as a result of the amended sentence, but denies the compensation claims for those who are sentenced to a misdemeanor or a light punishment. Therefore, the clause cannot pass the legislative review based on the right to equality. There are obvious legislative limitations. In the case that legislation or amendment of the law cannot be realized in the short term, firstly, the improper application of the principle of illegal compensation, the principle of fault compensation and the principle of statutory compensation must be corrected or eliminated, and the shackles of the compensation clause in the judicial application can be lifted; secondly, the interpretation and system can be expanded through the concept. These two solutions can provide equal relief for all cases of overdue custody in the retrial and sentence modification by supplementing and explaining.

Keywords National Compensation Law, Retrial and Sentenced Not Guilty, Extended Detention, Legislative Limitations

(责任编辑:黄宇骁)

^[97] “该法规定因刑事法院之有罪判决而受损害之人,于再审程序或其他有罪判决确定后之刑事程序废止或减轻有罪判决者,受国库之补偿。”参见李锡栋:《刑事补偿法制之研究:以刑事被告为中心》,元照出版有限公司2010年版,第120页。

^[98] 奥地利《刑事赔偿法》(1969年)第2条规定:“被害人经国内法院判决后,经再审的刑事诉讼程序或由于其他原因撤销了原来的生效裁定,并被无罪释放,或者出于其他原因不再受到追究,或者经重新判决并因此被判处较轻刑罚或者因此而撤销了矫正或保安措施,或以较轻措施取而代之,赔偿请求成立。”参见胡建森主编:《外国行政法规与案例评述》,中国法制出版社1997年版,第315页。