

# 禁止双重危险原则的历史发展及其启示

叶良芳<sup>1</sup> 刘志高<sup>2</sup>

(1、2. 中国人民大学法学院,北京 100872)

**摘要:**禁止双重危险原则发轫于罗马法一事不再理原则,为许多国家的宪法或刑事诉讼法所规定,是现代刑事司法的一项基石原则。确立这一原则是基于以下价值理念:保护人权、防止错判、减少精神损害、维护既判力和促进侦查高效进行。这一原则在两个方面制约国家刑罚权的启动:一是对上诉的限制;二是对重新起诉的限制。但最近,这一原则有所松动。许多国家在立法上规定了这一原则例外的适用,或者通过法律委员会建议这一原则应有例外,允许在特殊情形下重审无罪裁决案件,或者允许检察官对无罪裁决提起上诉。这一变化对我国重构刑事再审制度具有积极的借鉴意义。

**关键词:**禁止双重危险原则;理念;例外;刑事再审制度

**中图分类号:**D925.2 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-6951(2005)03-0153-08

禁止双重危险原则是现代许多国家刑事诉讼的一项基本原则,也是国际刑事司法准则。该原则绝对禁止因同一犯罪行为而将行为人两次置于危险之中。但最近,这一原则有松动的迹象。这种变化的理论根据是什么?本文通过勾勒双重危险原则的形成过程和发展动态,对此进行了分析和探讨。

## 一、禁止双重危险原则的形成脉络

双重危险,又称双重追诉,是指对实质上同一的罪行给予两次起诉、审判、定罪或科刑。禁止对当事人的同一罪行进行双重追诉是英美法系国家刑事诉讼中一项重要的原则。美国宪法第5条修正案具体规定了这一原则,美国最高法院则通过判例确认该原则对在第一次起诉后被法院定罪或宣告无罪的被告人均适用,并通过宪法第14条修正案,即“正当程序条款”,将该原则扩大适用于各州。

对禁止双重危险原则(the rule against double jeopardy)这一概念,由于各个国家的法制传统不同、历史时期不同,或者具体的法律文件不同,其表述也

不一样。一般认为,“禁止双重危险原则”这一称谓是近现代英美法系国家所采用的。在早期的英国普通法中使用的“前经开释抗辩”(pleas of autrefois acquit)和“前经定罪抗辩”(pleas of autrefois convict)与其具有基本相同的功能。在罗马法中使用的是“一事不再理原则”(non bis in idem),这一格言至今为大陆法系国家所沿用,并为许多国际法律文件所采用。虽然这一原则的具体表述、称谓多种多样,但其基本内核则是相同的,即被告不得因同一犯罪而受两次以上处罚<sup>①</sup>。美国联邦最高法院在1969年所作的一项判例中明确指出:不受双重危险原则同时可包含三项宪法保障:(1)“它保证对同一罪行宣告无罪后不得再次起诉”;(2)“保证对同一罪行在判罪以后不得再次起诉”;(3)“保证对同一罪行不得两次处罚”<sup>②</sup>。

从历史渊源来看,禁止双重危险原则(一事不再理原则)发轫于罗马法的诉权消耗理论和既判力原则。所谓诉权消耗(actio consu mituv),是指所有诉

\* 收稿日期:2005-02-13

作者简介:1. 叶良芳(1973-),男,浙江宁波市人,中国人民大学法学院刑法专业博士研究生;2. 刘志高(1973-),男,河南邓州市人,中国人民大学法学院刑法专业博士研究生。

① 关于禁止双重危险原则和一事不再理原则之间的关系,参见张毅著《刑事诉讼中禁止双重危险规则论》(法律出版社,2004.20-28)。

② Christopher Osakwe, "The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American Law", in Human Rights in Criminal Procedure, p. 260, 1982 by Martinus Nijhoff Publishers. (转引自陈瑞华. 刑事审判原理[M]. 北京:北京大学出版社,2003. 174)

权都会因诉讼系属而消耗,对同一诉权或请求权,不允许二次诉讼系属。一旦限制同一诉权或请求权只能有一次诉讼系属,那么即使允许当事人对同一案件提出诉讼请求,被告也可以实施“既决案件的抗辩”或“诉讼系属的抗辩”。不管怎样,对同一案件一旦诉讼系属后,就不能再次就这一案件提出诉讼请求,这就是罗马法中的一事不再理原则<sup>[1]</sup>。既判力原则,是指法院依照特定程序对案件作出的裁决一旦生效,即产生“既判力”(res judicata)，“既判的事实,应视为真实”,不论其正确与否,任何法院或法官都不得将其推翻。在罗马共和时期,民刑不分,一审终审。诉权消耗理论和既判力原则,既适用于刑事诉讼,也适用于民事诉讼。公元6世纪查士丁尼编纂的《学说汇编》,首次专门针对刑事诉讼的一事不再理原则进行了规定:“长官不应允许同一个人因其一项本已被裁决无罪的行为而再次受到刑事指控”<sup>[2]</sup>。

一事不再理原则在罗马法中的出现,与强调严格法律形式主义的程式诉讼制度理念是相匹配的。大陆法系国家的法律继承了罗马法中的一事不再理原则,并赋予其新的内涵。法国1791年宪法首次规定了“刑事既决事由对刑事的既判力”原则,这意味着“同一罪行不受两次审判”这一法律格言首先在法国的宪法中得到了确认<sup>[3]</sup>。法国刑事诉讼法典第368条规定:“凡依法宣告无罪的,不得根据同一事实,甚至在另一不同罪名下又予逮捕或控诉。”日本1946年宪法第39条第2款规定:“关于同一犯罪不得重复追究刑事责任。”俄罗斯联邦刑事诉讼法典第27条第1款(4)、(5)项就“终止刑事追究的根据”分别规定:“犯罪嫌疑人或刑事被告人已经有产生法律效力的关于该项指控的刑事判决,或者有法院或法官关于终止该项指控的刑事案件的裁定或裁决”;“犯罪嫌疑人或刑事被告人已经有调查机关、侦查员或检察长关于终止该项指控的刑事案件或不提起刑事案件的决定,而该决定未被撤销的”。

禁止双重危险原则在英美法中的确立是与教会法庭和世俗法庭争夺管辖权的斗争交织在一起的,其标志是1163年英王亨利二世与大主教托马斯·贝克特对如何处理僧侣德·布罗伊斯案件的争执。在这个案件中,布罗伊斯经教会法庭审判,已被宣告无罪,但亨利二世仍然要求将布罗伊斯送交世俗法庭审判。这一要求遭到贝克特的极力反对,理由是这种做法违背了“任何人均不应因其同一项犯罪而被惩罚两次”的格言。斗争的结果是,亨利二世于次年颁布了旨在限制教会特权和宗教法庭权力的《克拉伦登宪章》,其主要内容为:教士如被指控有罪,应由

世俗法院审理;国王的法官审理教职人员与非教职人员之间有关土地的纠纷;大主教只能向国王提出申诉;教职人员应服从国王的召唤等。这一法律规定了调整国王与教会关系的原则<sup>[4]</sup>。但在1176年国王又发布诏令,确认在教会法庭中已被作出有罪处理的僧侣免于在世俗法庭被给予进一步的惩罚,但在实践中这一规定并未得到严格的执行。禁止双重危险原则在英国确立的长期性和复杂性还与其长期实行双轨制起诉模式密切相关。在13世纪,对同一犯罪行为,既可以以公民个人名义起诉,也可以以国王名义起诉。以个人名义起诉的案件,其结果无论是无罪或有罪都将阻碍对同一被告人另行提起相同的自诉。以国王名义的起诉书也受到同样的限制。但是,个人的起诉并不妨碍国王的起诉。直到17世纪才通过一系列判例确定,公民个人或者皇家起诉人对已由陪审团作出的无罪裁决的案件,不得针对同一犯罪而再次起诉;对已作出有罪判决的案件(从最初的死刑案件扩大到轻罪案件),不得再开启新的审判;对已在其他司法管辖区进行过审判的案件,不得在英格兰再进行新的诉讼。另外,判例还确定,不得在被告可能被判无罪时解散陪审团,以便在起诉方改善证据以后另行起诉。

禁止双重危险原则在美国得到了进一步的发展。1641年马萨诸塞州《自由宣言》规定:“任何人均不应因同一犯罪、违法行为或过错而被法庭判刑两次。”这一规定被马萨诸塞州1648年法典所认可,并被其他殖民地所效仿。与当时英国的禁止双重危险原则仅适用于重罪案件,尤其是死罪案件不同,这一规定适用于所有的犯罪,包括死罪案件和其他案件。1789年,禁止双重危险原则被写进美国宪法的第一次修正案——《人权法案》,正式成为美国的一项宪法原则。该修正案第5条规定:“任何人均不得因同一犯罪而被迫两次遭受生命或身体上的危险。”英美法律的规定对其他英美法系国家的法律也产生了重大影响。加拿大1982年《权利和自由宪章》第11条(h)规定:任何被指控犯罪的人,有权在“最后被判无罪的情况下,不得因此罪再次予以审判;在最后被判有罪并且受到惩罚的情况下,不得因此罪再次予以审判或者惩罚”。新西兰1990年《权利法案》第26条第2款规定:“任何人在已被判决无罪或有罪,或被赦免的情况下,不得因同一犯罪再次被审判或惩罚。”

作为一项刑事政策,禁止双重危险原则不仅在各国的刑事法典和宪法中得到确认,而且已经超越一个个具体国家的范围,开始上升为国际刑事司法准则。国际人权公约和区域人权公约纷纷对禁止双

重危险原则加以规定,标志着这一原则的普遍意义得到承认,这反过来又促进这一原则在各国的适用。1966年联合国《公民权利及政治权利国际公约》第14条第7款规定:“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。”1969年《美洲人权公约》第8条第4款规定:“经一项未上诉的判决而宣判无罪的被告不得因相同的原因而受新的审判。”1984年《欧洲人权公约》第7号议定书第4条规定:“(1)在同一国家的管辖之下,任何已依该国的法律及刑事程序被最后宣告无罪或有罪者,不得就同一犯罪再予审判或惩罚。(2)如果有表明新的或新发现的事实的证据,或者如果在原诉讼程序中有根本性的瑕疵,有可能影响案件的结果,前款规定不应妨碍根据有关国家的法律和刑事程序对同一案件的重新开启。(3)不得根据公约第15条的规定,对本条规定予以克减。”1998年《国际刑事法院规约》第20条规定:“(1)除本规约规定的情况外,本法院如果已经作出某人有罪或无罪的判决,不得就同一行为再行审判该人;(2)已经被本法院判定有罪或无罪的人,不得因该罪行而再由其他法院审判;(3)对于已经由另一法院审判的人,不受本法院审判。”

## 二、禁止双重危险原则的价值理念

英美法系国家众多学者通过案例和著述对禁止双重危险原则的价值理念进行了深入探讨,深入分析禁止双重危险原则的正当化基础。综合起来,主要有以下五个方面的价值理念:

1. 保护公民权利自由。在刑事诉讼中,国家与公民个人相比,前者在资源和力量上占有绝对优势。国家拥有强大的侦查机构、广泛的司法权力和充裕的经费保障等,而公民个人却势单力薄、权利有限、资源缺乏。刑罚的极端严厉性,要求在刑事诉讼中应特别注意对被告的人权保护。禁止双重危险原则旨在抑制审判权的滥用、防止司法专横、保证诉讼参与人得到公正对待。国家重复对被告定罪,甚至有权利这样做,也是一种强暴行为,在政治上是不能接受的。事实上,这将构成国家权力的滥用以及司法程序的滥用,是对公民个人权利的严重侵犯。在阐述这点理由时,布莱克法官在格林诉美国一案中的下述论断经常被引用:“潜在的观念是(这一观念至少在英美法系国家的法学理论中已根深蒂固),不应允许国家以其所有的资源和权力不断试图给个人定罪,以致使其耗费财力、备受折磨、处于尴尬之地,并迫使他生活在持续性的焦虑和不安状态之中,同时增加其(甚至是无辜的)被定罪的可能性。”<sup>[5]</sup>

2. 避免错误定罪的风险。每一次审判总有错误

定罪的风险。就同一犯罪行为,反复的审判会增加错误定罪的风险:一是陪审团可能因为审判法官的错误指示,或者误解某个关键证据,或者被告事实上未曾犯有指控的罪行而作出错误的有罪裁决。二是被告重复地被置于刑事指控和审判程序之中,对其错误定罪的风险会相应增加,因为“在绝大多数案件中,一个无辜的人往往没有有效抗争第二次指控的忍耐力和资源”。三是在第一次审判中辩方已经展示了自己的全部辩护证据,控诉方对辩方的抗辩细节完全知悉,在此情况下,如果进行第二次审判,控诉方将占有一种策略上的优势,从而增加第二次审判被告被定罪的可能性。

3. 减少刑事审判给被告以及和被告有关的人可能带来的精神损害。毫无疑问,在刑事诉讼中被告承受的情感压力和心理压力是巨大的,这种压力在重审程序中也同样存在。对被告而言,整个审判过程必然是痛苦的,精神上必定会遭受创伤。有学者指出,“我们至少可以认定双重危险条款的一个核心价值理念——保护公民免受政府通过刑事司法系统给其带来的骚扰和压迫”<sup>[6]</sup>。英国法律委员会也认识到这一点,其在第156号咨询文件中指出:“毫无疑问,面对审判,至少就严重犯罪而言,是非常令人痛苦的事情。这种痛苦并不仅仅限于被告。他的家人、双方的证人,包括被害人,都同样会遭受……鉴于审判过程中有这种痛苦和伤害,因而任何人均不应第二次被置于危险之中。基于同样事实而进行的第二次审判无论是相同的罪行还是不同的罪行,所产生的痛苦基本上是相同的。”<sup>[7]</sup>有人甚至认为,被告在审前程序和审判程序中遭受的精神痛苦远远超过在第二次追诉中被判有罪可能带来的痛苦。

4. 法律程序终局性的需要。所有的司法程序都需要终局性,从而不仅使法律程序和司法裁决保持一致和稳定,而且保证被告在争议事项有定论后能找到一块“憩息地”。终局性的要求是司法和法院高效运行的关键,也是使公众信任司法行为的决定要素。既判力原则承认终局的重要性。如果法院的裁决不具有终局性的效果,法院可以随意开启审判程序,则不仅诉讼双方争议的纠纷不能最终得到调整和解决,法院的裁决理由和根据可能相互矛盾,公众会失去对法院裁决权威性和公正性的信服和尊重,而且更重要的是,被告可能会无休止地受到追诉和审判,法律地位处于不确定状态,从而不能合理地安排自己的生活,名誉、隐私、自由也会因缠诉过久而受到极大的侵害。大法官坎贝尔对终局性利益作了最简洁的解释:公共秩序的维持,社会的和谐以及家庭的安宁,需要管辖法院所作的最终决定被接受为

无可辩驳的法律上的真实<sup>[8]</sup>。英国法律委员会在其第 267 号文件中详细阐述了终局性的意义：“我们强烈地感觉到，终局性价值对个人自由或自主影响很大。从自由民主的意义上说，终局性是根本的政治和社会目标。它尽可能多地给予公民个人的自主权，给予他们享受生活和追求幸福的空间。刑事诉讼如果缺乏终局性，则将对公民个人的自由造成很大的侵害。因为如果个人总是担心其可能因同一犯罪而再度受到指控，即使其被无罪释放，也不能自由地安排自己的生活，不能自主地同他人交往。……”<sup>[9]</sup>

5. 促进侦查高效进行。禁止双重危险原则能促进侦查工作有效进行，节约司法资源。如果被告可以被审判两次，刑侦人员就可能在案发时不积极展开全面调查，控诉方在准备第一次起诉时就可能不细致认真。因为他们会认为，即使这一次指控失败，还有机会重新起诉。相反，如果法律规定，对被告人的犯罪行为只有一次指控机会，不可能有第二次，则警察就会全面地展开调查，检察人员就会谨慎地准备指控的材料。警察和检察人员都知道，虽然工作中的失误有时可以在审理过程中得到纠正和弥补，但可以纠正的机会和空隙是很小的。有许多原因会导致追诉毁于一旦。指控环节中的一个小小的失误，有时会使警察和检察人员投入到调查指控中的时间和精力全部归结为零，前功尽弃。因此，禁止双重危险能使侦控人员注重工作效率，全面查清案情。迟缓的刑事调查既浪费了资源、时间，也损害了各方当事人的利益。

### 三、禁止双重危险原则的适用范围

禁止双重危险原则的基本内容是一个人不因指控的同一犯罪行为而两次被“置于危险之中”。由于这一原则具有很强的操作性，因此探讨其适用范围十分必要。应注意的是，这一原则的内容本身并不是一成不变的，而是随着时代的发展而处于不断的发展变化之中。但就目前的法律规定来看，这一原则的适用范围可以归结如下：

1. 对上诉的限制。(1)对无罪裁决的上诉的限制。根据普通法，无罪裁决一经作出，立即生效，控诉方不得提起上诉。在美国，这一禁止性规则是绝对性的，不得以任何理由违反。在英国，则需要区分两种不同的情况：一是在按正式起诉程序审理的案件中，无罪裁判一经作出，即发生法律效力，控方不得上诉；二是在按简易程序审理的案件中，在特定的情况下，控方可以对无罪裁判提出上诉，即对于治安法院作出的无罪判决，控方可以以该判决在“适用法律上有错误或超越管辖权”为由向高等法院的王座

法庭提出上诉。如果上诉成功，王座法庭可以撤销原无罪判决，改判有罪并裁量刑罚，或者在公正审判的前提下，裁定发回原审法院或另一治安法院进行重新审判。在澳大利亚，一些司法区域在简易程序中允许检察官针对治安法官驳回起诉的裁决提起上诉，但这一上诉的理由必须是适用法律错误。上诉法院可以裁定将案件移交重审。理论上认为，在简易程序中不可能违反双重危险原则，因为在上诉的所有救济途径用完之前，程序还未终止或者终结。(2)对有罪裁决的上诉的限制。在所有的英美法系国家，对尚未生效的有罪判决，被告人均被赋予广泛的上诉权，既可以针对定罪问题，也可以针对量刑问题，或者同时针对定罪和量刑问题。但对控诉方的上诉，仍有一定的限制，控诉方一般只能就法律问题提出上诉。在美国，控诉方的上诉还须以被告的上诉为前提条件，即只有在被告提出上诉或者上诉成功的情况下，才可以提出上诉。(3)对原有罪裁决改为无罪裁决的上诉的限制。在英国，如果上诉法院对原审法院的有罪判决予以撤销并改作无罪判决，在征得上诉法院或上议院许可的情况下，且上诉法院也确认这一判决涉及具有普遍重大意义的法律问题，则控方可以向上议院提出上诉。同样，对高等法院王座法庭作出的撤销原审法院有罪判决而改作的无罪判决，控方也可以向上议院提出上诉，上议院可以裁定治安法院对案件进行重新审判。在美国，如果陪审团对被告作出了有罪裁决，但在被告动议下，主审法官对被告作出了无罪裁决，则检察官可以对这一无罪裁决向上诉法院提出上诉。在澳大利亚，如果州上诉法院撤销有罪裁决，并作出无罪判决，则不能动用禁止双重危险原则来阻止检察官就无罪裁决提起上诉。但是，如果被告就有罪裁决提起上诉，且上诉法院裁决无罪，则如果被告因同一犯罪再度被指控时可以此提出已决无罪抗辩。如果被告就有罪裁决提起上诉，法院指示再审，则被告不得提起已被定罪抗辩。已决抗辩只有在刑事诉讼程序，包括所有的上诉程序结束之后才能适用。

2. 对重新起诉的限制。禁止双重危险原则的核心是禁止对“同一犯罪”重新起诉、审理和处罚。“同一罪名”范围划定的宽窄，将决定这一原则适用范围的大小。因此，准确界定“同一犯罪”是正确适用禁止双重危险原则的关键。从逻辑上讲，“同一犯罪”，就是指在事实和法律上均具有同一性的犯罪，即同一被告因同一事实行为触犯了同一个罪名。但在具体认定时，这一判断标准因国家不同、历史时期不同、刑事政策不同而有很大的变化。(1)英国的“同一犯罪”标准。在英国早期的判例中，“同一罪名”的

案件,既指前后指控的罪名均系同一罪名的案件,也指前后指控的犯罪虽非同一罪名,但在事实或证据上相同的案件。这一判定标准是广义的,对同一罪名采扩大解释,有利于禁止双重危险原则的适用。但在1964年康诺利一案中,法官德弗林提出了一个新的判断标准,称为“康诺利原则”。在该案中,被告涉嫌在实施抢劫的过程中致人死亡。被告先是受到故意杀人罪的指控,但法院裁决无罪。后来,控诉一方又依据同一事实,以抢劫罪对被告再次提出指控。被告以“前经开释”为由进行抗辩,并上诉至上议院。德弗林法官认为,禁止双重危险原则仅仅在前后指控系针对同一犯罪的情况下才适用。所谓同一犯罪,是指前后指控的犯罪在构成犯罪的事实和使该犯罪成为某种犯罪的法律性质两方面均是同一的,即事实相同和法律相同。对于事实相同,只要实质上相同即可,而不需事实完全一模一样。但对于法律相同,则是很确切的,要么相同,要么不同。在法律上,抢劫与故意杀人显然不是同一犯罪。据此,上议院裁定,在本案中,不存在前经开释的前提,检察官以抢劫罪对被告重新起诉是成立的,不违反禁止双重危险原则。康诺利规则确立的同一罪名的判定标准显然过窄,严重影响了禁止双重危险原则的适用,因而实践中该规则被扩大解释,有倒退到早期判例的规定的趋势。为此英国刑事法院和上诉法院在比迪一案中,对康诺利规则重新予以确认。在该案中,两级法院均裁定,虽然被告比迪因同一事实曾经被以简易罪作出过起诉,并曾受到刑事处罚,但前经定罪抗辩并不阻却对被告以过失杀人罪重新提出指控<sup>[10]</sup>。因此,在英国法中,同一罪名的概念的含义是很明确的,就是罪名相同的犯罪。只有前后指控所针对的犯罪系同一罪名的犯罪,或者基于相同或相似的事实,后一指控才应当受到阻止。但是,康诺利案还确立了另一个规则——滥用司法程序规则,即后一指控的犯罪虽然与前一审理的犯罪不是罪名不同,但如果后一指控或者审理会使被告在新的诉讼程序中不能得到公正的审判,或者把被告置于这种审判本身就是不公正的,则构成程序的滥用,被告可以此为由进行抗辩,禁止双重危险原则可以适用。因此,在英国,对于罪名不同但源于相同事实或行为的犯罪,可以援用滥用司法程序规则,达到禁止双重危险的目的。(2)美国的“同一犯罪”标准。由于美国对禁止双重危险原则的适用,只有一个条件,即以“同一罪名”置被告于危险之中。为了避免禁止双重危险原则的适用受到过多的限制,美国判例关于同一罪名的认定标准,几经反复。从目前判例来看,基本上还是采用“布洛克伯格规则”。根据该规则,如

果一个法条所要求证明的事实之中有一个事实是另一个法条所不要求证明的,那么,这两个不同法条所规定的犯罪即是两个不同的犯罪。即如果犯罪一要求证明A、B、C三个要件,犯罪二要求证明A、B、D三个要件,那么,这两个犯罪即是不同的犯罪,因这两个罪彼此都包含着一个为对方所不包含的要件。具体来说,该规则有两个判定标准:一是只要相关法条规定的要件相同,两罪就是同一罪;二是即使要件不完全相同,但如果存在包容关系,二罪也是同一罪。显然,只有第一个标准下的同一罪才是罪名相同的同一罪;而第二个标准下的同一罪并不是罪名相同的同一罪,只是在处理上,二者被“视为”同一罪。(3)法国的“同一犯罪”标准。《法国重罪审理法典》第359条规定,同一人因同一违法事实受到两次追诉。如何理解该条规定的“同一违法事实”,理论界和最高法院存在严重的分歧。按照最高法院的解释,“同一违法事实”是指“同一法律上的行为”,或者说是“罪名同一”,即定性同一,因此,对已经按照某一罪名受到追诉并作出判决的“事实上的行为”,仍然准许“以另一罪名”再度提起追诉,这样,就有可能纠正已发生的司法错误。而按照理论界的观点,为使法院作出的裁判具有既判力,要求具备“诉讼原因同一”。“同一违法事实”是指“事实上的行为同一”。任何一个法院就某一特定事实上的行为作出有罪宣告之前,都对这一事实上的行为“从各种可能的罪名的角度”考虑过。1956年,最高法院刑事庭作出过一项判决,就重罪法庭作出的无罪宣告作出了如下认定:对某一犯罪事实以杀人罪作出的“宣告无罪判决”,在其取得既判力之后,使按照“疏忽大意之过失杀人”的罪名对这一事实提出的新的追诉不予受理。这一判决逐步与理论界的观点趋向一致。法国1958年刑事诉讼法典颁布之后这一问题得到了明确。法典第368条明文规定:“任何人经依法宣告无罪,不因相同事实再行受到拘捕或控诉,即使以不同的罪名拘捕或控诉,亦同。”所谓“同一事实”或同一行为,是指相同的“事实上的行为”,与它们在法律上的罪名无关。同时,同一人也可以因为不同事实而受到追诉,即使这两个事实实际上有区别但由于某种关联性而互相有联系,亦同。例如,借助伪造的文书实施的诈骗行为与制作伪造文书的行为,这两者是有区别的,但在此却有某种关联。只要这些事实已经受到判决便不得再度受到追诉,即使是以其他罪名作出认定<sup>[11]</sup>。

#### 四、禁止双重危险原则的最新动向

禁止双重危险原则旨在强调法院判决的终局性,维护判决的既判力,以保障人权。刑事诉讼主要

是通过提供一种公平和有效的程式,以判定检察官是否履行了证明某一犯罪所有事实的举证责任,而不仅仅是寻求对被告定罪处罚。法院确认的对案件有决定意义的争议事实也许并不完全真实,但诉讼的目的是要提供一种最能减少错误、最安全的解决问题的方法。布莱斯通有句名言,“放纵十个有罪的人也比冤枉一个无辜的人要好”。现代刑事诉讼应当是保障人权与打击犯罪并重,任何只强调一方面而舍弃另一方面的做法都是有失偏颇的。刑事诉讼既要保障人权,又要防止程序被在事实上和法律上犯有严重罪行的人利用,从而逃避刑罚处罚。这不但有违客观真实,且对被害人和社会来说,也是不公正的。对禁止双重危险原则的适用也是一样,在强调对被告人权保护的同时,许多国家也开始审视严格适用这一规则所可能带来的弊端,而允许在特殊情况下,排除这一原则的适用,即认可禁止双重危险原则的例外。

1. 英国。1996年,英国议会通过《刑事程序和侦查法》,该法第一次规定,如果原裁判是一项有污点的无罪裁判,则对原被裁决无罪的被告人可以提起再审。所谓污点裁判,是指在原审判程序中,由于存在妨碍司法的犯罪行为而导致的本不应当作出的无罪裁判。针对污点裁判,如果法院认为,因同一犯罪重新启动对被告的追诉程序并不违背正义的利益,并对此作出正式确认,控诉方可以向高等法院提出申请,请求其裁定撤销原无罪判决。如果高等法院经审理认为:(1)如果不是因为妨碍司法的犯罪行为,原被判决无罪的被告将不会被判无罪;(2)并不因为已经过去一段时间或其他原因,重新进行对原告被判决无罪的人的追诉程序违背正义的利益;(3)原被判决无罪的人已经被给予了向本院提出书面抗辩的合理机会;(4)妨碍司法罪的裁判正确无疑,那么,高等法院可以裁定撤销原无罪裁判,在此情况下,对原告被判无罪的被告可以进行新的审判。

此外,英国法律委员会和下院内务特别委员会还建议,如果发现新的证据,且符合特定的条件,则应允许第二次审理。该建议源自1999年7月麦克弗森调查组就斯蒂芬·劳伦斯被杀一案展开调查后所提出的意见。斯蒂芬是一个黑人青年,在一次种族袭击中被谋杀了。最初对案件调查的警察局,行为迟缓。由于未取得有关证据,警察局拒绝起诉嫌疑人。劳伦斯的父母提起谋杀的私人指控,但审判法官指示陪审团裁决无罪,因为控方的关键证人不可靠。随后对劳伦斯案的调查表明,警察局有重大失误,因而未能搜集到关键证据。调查组关注的事实之一是无罪开释的疑犯再也不能被控犯有谋杀

罪。调查组提出的一个建议(第38个)是“应考虑在有新的有效的证据时,授予上诉法院许可指控的权力”。法律委员会建议:(a)无罪开释后如发现新的证据,应允许重审;(b)目前污点审理规定应扩大适用于对更多的犯罪的审理。法律委员会建议的核心内容是:如果有新的有力证据,而且上诉法院认为撤销无罪裁决有利于正义的利益,则法院有权撤销无罪裁决,允许重审;这一权力应同样适用于法律更改之前作出的无罪裁决。新证据必须“可靠”、“有说服力”。法律委员会将其界定为“能使法庭相信被告极有可能有罪”。新的有说服力的证据的出现,这一事实本身并不足以证明二审的正当性。上诉法院还必须确信二审是为了正义的利益。报告列举了上诉法院在决定二审是否是出于正义的利益时应当考虑的一系列因素,包括重审是否公平,新的证据是调查人员正当勤勉取得的,还是延迟之后取得的。报告建议只能允许重审一次,申请重审前应取得检察长的个人同意,对申请重审的报导应予禁止<sup>[12]</sup>。2002年10月,法律委员会在下院提出了《2002年刑事司法法案》(英国)。草案的第10部分授予检察官就无罪裁决提起上诉这一新的权力。在结束部分,草案规定,如果某人被裁定未犯“品行罪”,在检察长书面授权的情况下,检察官可以申请上诉法院撤销无罪裁决,指示重审品行罪(第63条)。如果上诉法院认为有“新的、有说服力的”证据证明被告犯有品行罪,则可作出这一裁定。“有说服力”,是指证据可靠、具有实质性,能表明被告极有可能犯有品行罪(第65条)。上诉法院还必须确信重审是出于正义的利益(第66条)。检察官和被告均可向上院提起上诉(第68条)。此外,法律委员会建议改革法律,允许检察官对审前或者审理中的终止裁定提起上诉。《2002年刑事司法法案》第49条规定,检察官有权对审判法官的终止裁定或者非终止裁定(第50条)提起上诉。终止裁定可以在陪审员宣誓之前作出,也可以在陪审团宣誓之后作出,但必须是在指控案件的裁决之前作出。这种裁定也可以是没有案件可以审理的裁定。终止裁定的范围很广,可以包括中止程序的裁定和指示的无罪裁决。裁定作出后,检察官必须通知审判法官他打算就裁定提起上诉,并请求在审理上诉之前中止审理(第51条)。审理完上诉之后,上诉法院可以维持、撤销或者变更下级法院作出的裁定。法院可以裁定被告无罪、恢复审理或者指令重审(第55条)。允许向上院提起上诉(第56条)。虽然这些建议尚未被立法机关正式承认,但其反映了公众的意见和立法的趋势。

2. 澳大利亚。在澳大利亚,对适用禁止双重危



从而为实现主体权利提供公平的外部环境和高效的社会秩序,经济法正是基于此而产生并被接纳的。

## 二、共时性研究:在社会秩序的基本原理中探讨经济法功能实现的必要性

(一)静态研究:社会秩序的基本要求与经济法功能的实现

任何历史阶段中,个人、社会、国家都对社会秩序给予一定关注。秩序在通常语义上指稳定或合乎规则的状态。它大致分为三个层次:其一,对立统一或多样统一,指事物中相互对立的两个或多个方面之间的张力平衡。其二,有机统一,指事物之间或事物内部诸要素的协调一致,并达到了生命有机体的层次。其三,最高境界是和谐。它标志着事物及其要素之间的融合已经达到非常默契的境界,而且充分实现了符合规律与符合目的的统一;同时在和谐的秩序状态下,个体无论怎样怪异地行动,不仅不会有损于和谐,而且是对和谐的表现。“社会秩序”是“社会得以聚结在一起的方式”,它既是人类社会实践的产物,具有社会性、人为性、目的性;同时作为客观秩序中的一部分,要求目的性与规律性相统一。社会秩序包含的基本要求有:

### 1. 价值趋同:正义

尽管博登海默评说“正义有着一张普罗秀斯似的脸,变幻无常,随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”<sup>[5]</sup>,但社会秩序与社会正义的相互关系却得到历史证成。首先,秩序的缔造过程中最主要的因素是人,是人对实践的领悟与经验教训的总结。所以,人在缔造秩序结构中是自觉的,有选择地遵从一定的价值目标。在追求正义的秩序过程中,人类社会步入了一个又一个通向更加文明阶段的发展视野,正义是人们行为选择的共同指引。其次,人类社会经历的各个历史阶段,不外是人类确立秩序、打破秩序、重构秩序一次又一次的动态运作过程。其实质也正是“正义”的动态实现过程,这种对正义的追求与实现,在社会秩序中的变化结果中验证。即便有时正义与秩序存在着某种差异与背离,但这不是主流的、终极的,而且由于目标在实现路径中的偏离,于是,以正义为价值目标的社会秩序是秩序的第一要素。

### 2. 思想跟进:信任

社会秩序的实现工具是在社会成员间建立信任。展示信任,展示信任中的利益交流,是建立各种社会关系的前提要件,在社会生活的各个方面均不可或缺,例如政治上的信任、经济上的诚信、宗教上的信仰,都不仅建立了社会关系,并且不断地强化这种社会关系,使其牢固化、坚定化、普及化,从而从基

础上构造出较稳定的社会结构、社会制度、社会秩序,由此可见,信任的作用范围也较为广泛,它不仅是在社会成员思想认识上的趋同,而且通过约束机制作用社会成员的行为,乃至使社会秩序有序、规范地形成,并进而完成社会控制。同时,信任与社会秩序有着密切的关系,尤其在良性社会秩序的形成中有着举足轻重的作用。信任影响着社会主体的能动性、社会交往的流动性、社会关系的稳定性、社会秩序的良性互动。对信任的破坏,本身就是一种失范性行为,那么也将对社会秩序造成负面影响,同样对信任的巩固,则是在强化社会秩序的正常运行。因此,信任可以说是社会秩序在主体思想上的跟进。

### 3. 行为限定:权威

信任在思想层面上进行着秩序的确立与维护,权威则是在行为限定上规范着秩序的运行。一方面,它使社会秩序中的习惯、约定上升为社会规范;另一方面,它通过保证社会规范的实现来强化社会秩序。具体表现为:第一,权威保证社会的稳定。由于在现实生活中,社会秩序与社会失范行为以及社会动荡、危机、混乱、冲击等不安定因素从未间断地对立着,而要保证社会呈现出一种持续发展、平稳运行的态势,必然要求树立权威,强化社会规范的作用效果,以规则来确保每个人都能在稳定的社会秩序中得到人身财产的保障。第二,权威保证社会动态平衡。因为社会主体之间在结构上具有张力平衡性,在相互稳定的社会结构中,社会主体间形成的是既冲突又合作的张力关系。社会秩序就要在冲突与合作关系中合理规范社会主体之间对立、统一、分散、聚合的有序性。尤其是进入现代化社会后,社会主体完成了由身份到契约的蜕变,社会秩序必然要在自由与限制、对立与合作中实现平衡,而权威的突出作用是对这种动态平衡的控制。第三,权威限制社会行为的有效性。权威通过确认规范,增加人们行为的可预测性,人们在社会中基于预见建立起相互的信任与合作,指引人的行为沿着可预测方向发生;与此同时,权威通过强制力的运用震慑、惩罚着社会失范行为,使社会各主体遵守社会生活公共规则,建立各行其是,井然有序的社会秩序。

经济法客观因素中包含着正义、信任、权威这三种基本条件。所以,经济法的功能完全可以定位为维护整体平衡和公正高效的社会秩序。从法律形式上看,经济法应属公法范畴,但其作用的领域却又是私法作用的领域,出现所谓的私法公法化。由于公法的作用方式是强制性的,这又易对社会的经济发展产生不利的影 响。所以经济法的作用方式存在公法的作用方式和私法方式的冲突,于是在经济领域

就出现了公法化的私法作用方式。国家干预经济虽往往以国家直接参与公共产品的生产和服务、基础设施的建设等方式进行,但其重点却是弥补和矫正市场调节机制的缺陷,这也就决定了经济法功能的重点是关注国家干预与市场机制有效地结合,从而促进社会的发展。

(二)动态研究:社会秩序的有效运行与经济法功能的实现

1. 社会秩序的来源中包含经济法功能实现的前提

社会秩序的形成主要归于三个促成要素:强制、互惠、习俗。而且这三个要素在促进社会秩序的形成中各自发挥独立的作用。强制,即权威的力量。虽然其表现可能为限制、制裁、暴力等,但其根本作用是培育了社会主体认可或鼓励的社会关系,并以强制性力量去巩固这种既成关系,以完成拟订秩序的实现。同时,剔除那些不符合良性社会秩序的行为,理顺社会关系,保证社会秩序的合理性构成。互惠是根据理性的利己要求,由利己提升为互惠达至合作后,促成社会秩序的形成。这种互惠的基础是利益的追求和理性的判断。社会主体以追求利益为原动力,以理性的判断使这种“互惠”能够实现,达成了由单方利益到“互惠”的理性追求,其中包含着秩序的和谐与协调,完成了社会合作的合意及目标,从而完成社会秩序形成中的基本要求,并主要作用于社会秩序中的经济领域,推动物质生产方面的进步。习俗作为建立社会秩序的最古老力量,是社会秩序形成的原动力,它是主要作用于民间的一种形成力量,虽然它与社会合作等秩序形成过程推动、扩大作用都不明显,但是它积极克服了互惠、强制等所遇到的社会阻力。在寻求生产和生活方式满足的过程中,自然衍生了秩序的建立。同时,社会秩序的建立与社会生产、生活方式就必然产生良性互动,这为经济法的功能实现提供基本前提<sup>[6]</sup>。

2. 社会秩序的运行强调了经济法功能实现的内容

首先,社会秩序与自由的对立统一为权利设定了界限,使经济法的功能具有存在基础。

在西方思想史上霍布斯、斯宾诺莎、洛克、康德、黑格尔等许多大思想家坚持用自由来解说权利,即权利是权利享有者具有意志的自由以及这一自由的外部表现——行为自由。而辩证法告诉我们:自由是通过限制而实现的,这种限制下的和谐状态便是秩序,于是秩序在“自由”与“限制”间寻找恰当平衡点的过程,也是权利实现的脉络,是权利受到限制的社会基础。社会秩序便要对“自由”加以适当约束,

以实现自由。过度的约束会背离社会秩序的目标,过于松散的社会秩序也不利于权利的实现。在社会秩序的动态平衡中,限制自由与实现权利的要求为经济法提供社会基础。

其次,社会秩序中强制性的不足需要权力的介入,使经济法的功能具有存在价值。

任何社会秩序都不可能背弃强制力,人类社会发明国家、政府等强制手段的目的也就是为了满足社会秩序的需要,它主要指向对社会秩序的保持。尤其是面对社会冲突的冲击时,维护秩序成为社会共同体生存与发展的共同需要。从历史发展进程上看,从社会的非规范暴力到专门的暴力机关的出现,它不仅是人类社会由野蛮状态进入文明状态的一个重要标志,更是得到社会公认的具有合理性和正当性的权威力量。那么,这种权威性力量作为维持现存秩序的来源,其当然具有一定强力作用,但由于强制力自身产生的缺憾,强制力自身包含的“不平等”因素等,它在发挥功效的过程中具有一定的局限性,这是在考察社会秩序运行中必须首先正视的。国家适度干预正是因这种要求而具有存在价值。

再次,社会秩序形成中阻力因素的排除,使经济法的功能具有存在空间。

在社会秩序的形成过程中,人们并非总是遵循社会规范进行沟通、协调和配合的,因此偏离规范的行为是经常发生的。这种社会失范行为的性质与程度的不同,对社会的影响和造成的后果亦不同。在社会秩序这个动态平衡状态内,对“离轨”社会行为应按有利于社会进步与否的标准去识别。消极的“离轨”行为是对日常公众认可的行为规范的破坏。最早的是美国库克为代表的芝加哥大学的社会学家将其归属为“社会解组论”;迪尔凯姆在1897年发表的《论自杀》中提出“失范论”,指出社会结构急剧变化时,社会体系的各部分会因为变化速率不同而丧失其原有的一体化。结果传统规范失效、新旧价值观念冲突导致人们陷入无规则的混乱状态……都从不同的角度正视了社会失范这种现象。从现象上看,社会失范是背离某一具体的社会规范的行为,其隐含着对社会既定的价值观念、生活方式和社会关系的反对,即与社会所倡导的价值导向、控制方式和目标发生了背离;从发展上看,社会失范将部分被社会控制力量所吸纳,部分将融入社会发展的动力源,部分将列入社会发展的对立面。随之引发的是对社会秩序的不同程度的影响与破坏。

对“社会失范”的调控便指向了社会控制。“社会控制”是由美国社会学家罗斯在1901年发表的论文集《社会控制》中首先提出的。广义的社会控制指



人们利用社会的力量,以一定方式对社会生活的各个方面施加影响,协调个人与社会之间的关系,协调社会各部分之间的关系,以保持社会的相对稳定及和谐发展的各种措施、手段和过程。狭义的社会控制指社会或群体对离轨行为的预防、限制、阻止及处置的措施和过程。本文指狭义上的社会控制,主要是排除社会秩序中的阻力因素——社会失范行为的手段,具体通过“社会化”培育社会成员的自觉性和通过“强制化”限制社会成员的随意性,二者相辅相成。从内部控制和外部控制两个方面排除“社会失范行为”。在宏观上把握社会秩序的价值认同,协调各种利益关系,建立合理的社会利益格局,形成相对公平的社会现实;在微观上制度保障社会秩序良性运行,建立相对宽松的社会控制空间,用制度去设立社会控制的目标、实现方式,便于国家与社会形成良性互动的过程,经济法的功能实现过程中宏观与微观手段的应用体现着社会控制的要求。

(二)现实性研究:在市场经济的现实语境中发掘经济法功能实现的可行性

1. 价值导向:市场经济条件下的经济法要求实现实质公平

公平正义是任何一个社会及其成员所追求的共同的价值目标,也是法律应有的价值取向。在市场经济条件下,法律作为配置资源的重要工具,在体现公平正义的同时,还应保证和促进社会的和谐发展,但是公平作为价值目标并不是绝对主观的价值评判,公平具有相对性,同时具有客观基础。在市场经济条件下主要指向为竞争公平,公平竞争正是人们对竞争机制的一种价值选择,它体现人们利用客观经济规律的主观愿望。经济法通过对社会经济关系的调整,力争创造一个有利于各社会个体共同发展的公平环境,从而实现社会整体利益与个体利益的平衡。这里关注的恰巧是整体利益和实质公正。否则过度竞争,不当竞争,必然又产生社会弱势群体。社会运行的马太效应如不加控制则会产生大规模失控,最终破坏了秩序安全和权利实现。经济法的价值重点关注竞争法的价值判断、价值设计、价值期望,从法律生活的各方面体现了市场经济的要求,进而也对人类社会之所以产生市场经济有了哲学意义上的价值判断。

2. 目标设定:市场经济条件下的经济法要求实现权利整合

经济法运用国家干预经济的方式,协调各社会主体之间的利益冲突,保持社会平衡。有助于形成良好的经济秩序和社会秩序,而社会秩序的良性运行不但不排斥权利的实现,而且经济法功能实现的

过程正是权利整合的过程。经济法赋予国家直接介入经济活动的权利,通过直接调整国家和经济主体的社会关系以促进社会经济协调稳定发展。国家是整个社会利益的代表,促进社会的合理运行和发展。经济法通过强制性措施的运用,规范经济行为,引导权利主体的权利实现;经济法强调依强制性规范、义务性和禁止性规范保证权利的实现。由此可见,经济法的功能实现过程与权利的整合过程具有同步性。

3. 运行标准:市场经济条件下的经济法要求实现高效秩序

经济法着眼于高效有序的外部运行环境的建立,随着市场经济的高度发展,社会秩序的建立需要综合系统的调整,实现“微观规制”与“宏观调控”两种手段的有机结合。具有综合系统调控功能的经济法,协调国家、市场、企业三者之间的关系,建立市场规制与宏观调控相结合的市场经济模式。“一方面通过众多的具体的部门经济法分别调整各类经济关系,另一方面又从总体上对各种具体经济关系进行全面综合调整。1. 在微观规制方面,经济法运用反垄断法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、产品质量责任法等法律对社会经济进行个别调整,干预私人经济,保护市场中的弱者,减少资源浪费,降低社会交易成本。2. 在宏观调控方面,经济法运用财政法、金融法、税收法、投资法以及产业结构调整法等法律,对国民经济发展的任务、方针和原则这些根本方面进行综合调控,使整个社会经济均衡高效地发展。”<sup>[7]</sup>低成本、高效率的良性外部运行环境与社会秩序的基本要求相吻合。

参考文献:

- [1]中外宪法选编(下册)[M].北京:华夏出版社,1994.15.
- [2]卢梭.社会契约论[M].北京:商务印书馆,1996.77.
- [3]何增科.市民社会概念的历史演变[J].中国社会科学,1994,(4)
- [4]徐强胜.经济法立法的分类研究[J].河南社会科学,2005,(1).
- [5]博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,1999.252.
- [6]王献福.略论国民经济信息化对经济发展的作用[J].河南社会科学,2001,(1).
- [7]汪渊智,等.市场经济条件下的民商法与经济法[M].北京:人民法院出版社,中国社会科学出版社,2003.3.

责任编辑:邵东华