

# 刑事既判力理论及其中国化

施鹏鹏<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**欧陆的刑事既判力理论源于罗马法，指刑事既决事由所创设的稳定诉讼状态，包括既决事项的实质确定力和程序结果的自缚力。刑事既判力旨在解决刑事判决生效后既决事由的效力范围及程序安定性等问题。程序安定、诉讼经济及权利保障是其理论基础。在效力类型上，终局判决的既判力可分为肯定效力与否定效力、相对效力与绝对效力以及主观效力与客观效力。免诉裁决虽不构成严格意义上的刑事终局判决，但亦经过较严格的证明程序，具有“类”既判力。刑事既判力阻却制度奉行“禁止不利于被告的变更”原则，严格限制非常上诉与再审程序的启动。中国刑事诉讼长期缺乏程序安定的理念，再审程序的启动具有极大的随机性和任意性，应引入既判力理论，以维护判决的权威性及程序的安定性。

**关键词：**刑事既判力 程序安定 效力类型 既判力阻却 再审程序改革

---

## 一、刑事既判力问题的提出

既判力系欧陆刑事诉讼最为核心的基础理论，旨在解决刑事判决（特殊情况下亦可能是中间裁决）生效后既决事由的效力范围及程序安定性等问题。依诉讼的一般机理，刑事法庭作出终审判决后，即产生内、外双重效力：于本案件而言，无论判决是否有误，诉讼当事人均应受判决的拘束，被告及检察官的诉权随即耗尽，前者不得再行提起上诉，后者亦不得就相同犯罪事实再行提起公诉；于其他案件（包括刑事案件和民事案件）而言，刑事既决事由亦可能成为法官裁判的依据。

刑事既判力在中国刑诉法学界鲜有较为深刻、全面的研究，<sup>〔1〕</sup>原因主要有四：其一，既判力问题主要为欧陆理论，时下精通欧陆语言的学者尚少；国内刑诉法学者更愿意用英

---

<sup>\*</sup> 西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心教授。

〔1〕 代表性作品为李哲：《刑事裁判的既判力研究》，中国政法大学2005年博士学位论文。

美法系的禁止双重危险原则取而代之。<sup>〔2〕</sup>从比较法的角度看,两者虽具有某种功能的相似性,但制度机理和基本内涵相去甚远。<sup>〔3〕</sup>其二,中国刑事诉讼长期奉行“客观真实”的理念,对程序安定性考虑不足。诉讼框架内检察机关几乎不受限制的抗诉权以及再审程序启动的模糊标准,诉讼框架外各种复杂的权力关系、社会情势、民意诉求等均加剧了诉讼程序和结果的不确定性。其三,中国刑事诉讼的基本理论体系远未逻辑自洽,既判力缺乏预设的理论支撑点。一些欧陆的核心理论如公诉权的性质、诉之标的及范围、法律推定、失权效等均未在中国的刑事诉讼理论体系中占据一席之地,这使得既判力理论的引入如同空中楼阁。其四,理论界及实务界缺乏对既判力的理论自觉,对时下刑事诉讼立法及司法实践中出现的一些问题,未能洞察其背后深刻的既判力渊源。例如,不起诉决定的性质和效力、法庭变更罪名及检察机关撤回公诉的效力、再审程序的启动及性质、分案处理中前案对后案的效力、刑民交叉案件中刑事判决对民事判决的效力,等等。

研究刑事既判力理论可为对策研究提供较为成熟的理论依据。时下,中国的法学研究正进入倡导“本土经验、特色理论”的阶段,从“中国问题”出发的研究进路催生了一系列中国式的概念和命题,这在直面中国司法实践的同时也可能带来传统诉讼理论的零碎化和普适研究范式的“地方化”。2012年刑法再修改后,“描述问题—分析成因—提出对策”的研究模式重新占据主导地位。这样的学术研究自然有其重要价值,但笔者担心,倘若没有高屋建瓴的理论指引,无法准确把握诉讼运行的内在规律,则此貌似解决中国问题的研究所触及的将仅仅是诉讼制度的表层问题,所提出的改革方案亦仅是基于利弊得失权衡的权宜之策。有鉴于此,对既判力的基础理论做全面深刻的探索实属必要。

除具有深刻的理论价值外,既判力更具有直接的实践意义,且看如下案例:

1999年,朱某在某医院接受了肠破缝合手术,出院后常有剧烈疼痛。2005年,朱某去医院检查,才发现右下腹有金属异物存留,最终因并发症死亡。朱某家属向公安机关报案,公安机关随即逮捕了主治医师王某。但在审查起诉环节,检察院认为,王某涉嫌的医疗事故罪已过追诉时效(5年),决定不予提起公诉。2006年,有证人举报,称1999年王某因对医院待遇不满,多次向好友宣称“我迟早搞点动静出来”。公安机关依举报线索进行调查,发现多项证据证明王某刻意制造医疗事故,试图败坏医院声誉。问:检察院是否可对王某以涉嫌故意杀人罪再次提起公诉?如果在2005年案件的审查起诉环节,检察院决定以王某涉嫌医疗事故罪向法院提起公诉;庭审中,律师提出,本案已过追诉时效,法庭对此予以认定,判决不追究刑事责任;但2006年侦查机关又发现新证据证明王某刻意制造医疗事故,法院是否可就同一事实启动审判监督程序?

依刑法的相关规定,医疗事故罪的追诉时效为5年,故检察院决定不起诉或者法院判决不追究刑事责任的做法均是正确的。但2006年本案又出现了新证据,使指控罪名发生了变化,则情况如何?首先是检察院可否对王某以涉嫌故意杀人罪再次提起公诉。对此,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称“最高检规则”)仅规定了证据不足不起诉的情况,即“人民检察院根据刑事诉讼法第171条第4款规定决定不起诉的,在发现新的证据,

〔2〕 参见陈瑞华:《刑事诉讼中的重复追诉问题》,《政法论坛》2002年第5期。

〔3〕 参见林朝荣、林芸浓:《既判力与二重危险之研究》,台湾一品文化出版社2009年版,第27页以下。

符合起诉条件时,可以提起公诉”(第405条)。但依学界通论,不起诉仅是程序处分,如果有了新的证据或发现新事实,符合法律规定的起诉条件的,公诉机关依职权应撤销原来的不起诉决定,依法向法院提起诉讼。〔4〕其次则是法院是否可就同一事实启动审判监督程序。刑事诉讼法第242条规定了启动再审的一项重要条件,“有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误,可能影响定罪量刑的”。本案显然符合,故依第243条之规定,法院可以启动审判监督程序。

但在适用既判力制度的国家或地区,处理结果则不完全相同。以我国台湾为例,“免诉判决系不经言辞辩论而依自由之证明而行作成者,因本案犯罪事实是否成立及国家刑罚权是否存在,并未经严格证明,则如此之免诉判决,纯为形式判决,不生既判力”。〔5〕故不起诉后发现新证据或新事实的,可以重新提起公诉。相反,“其免诉判决系经言辞辩论,而就本案犯罪事实是否成立及国家刑罚权是否存在,进行严格之证明,然后依严格证明所得之心证,认定被告之犯罪事实及所犯法条,从而确定其案件‘曾经判决确定、时效已完成、曾经大赦、或犯罪后之法律已废止刑罚者’,则如此之免诉判决,已非单纯之形式判决可比,其因诉讼标的曾经事实审究,具有实体性,应生既判力”。〔6〕故庭审后就同一诉讼标的(犯罪行为)发现新事实或证据的,原判决已生既判力,不得重新启动庭审。

总之,刑事既判力在理论及实务中均具有重大价值。因此,本文拟对刑事既判力理论的基础问题做较为全面的探索,逐一解读其历史生成、当代意涵、理论依据、效力类型以及阻却制度,最终着力于阐释中国刑事诉讼中的既判力问题。

## 二、刑事既判力的历史生成及当代意涵

### (一) 历史生成

既判力最早源于罗马法。古罗马的刑事司法演进史与政治制度的发展息息相关,故可依王政、共和国及帝政将刑事既判力的发展轨迹划分为三个时期。

在王政时期,刑事法院隶属于罗马城邦的“王”(rex),但“王”并非现代意义上的君主,而是部落或家族同盟的首领。传统上认为,此一阶段的刑事裁判权为“王”所垄断,并由两名刑事法官组成法庭(“两人审委会”)提供协助。“两人审委会”的成员由“王”依诉讼需要逐案任命。对于“两人审委会”的处罚决定,被处罚人可以向民众会议“申诉”,以在民众面前进行二对一的、具有神明裁判色彩的决斗,此时刑罚暂缓执行。如果“两人审委会”获胜,则依照法律的形式执行绞刑或鞭笞。但无论是决斗,还是在“两人审委会”胜诉的情况下执行刑罚,均应在库利亚民众会议面前进行。而随着百人团民众大会的发展,其自然而然地取代了库利亚民众大会。〔7〕此即如法国的法史学家格利奥莱所言,“在这一阶段,罗马未设真正的刑事法院,故很难说已存在所谓的既判力……人民或民众大

〔4〕 参见陈卫东、李红江:《论不起诉制度》,《中国法学》1997年第1期。

〔5〕 前引〔3〕,林朝荣等书,第255页。

〔6〕 同上书,第256页。

〔7〕 参见〔意〕朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第134页以下。

会对案件所作出的裁判，并不能阻止当事人就同一事实提起新的诉讼”。〔8〕

公元前510年，罗马由王政时代进入共和国时代。此时，代替“王”执掌罗马政权的是每年由军伍大会选出并经元老院批准的两名“执政官”。〔9〕在这一时代，随着国家机器的逐渐强大，公犯的范围不断扩大。到共和国中期，杀人、放火、背誓、伪证、纠众扰乱治安等都成了公犯。共和国末年，原属私犯的伤人和侵犯住宅行为甚至也被列为公犯。而对于公犯，执政官、大法官、军伍大会、地区大会、元老院都在一定程度和范围内享有审理权。〔10〕具体的诉讼制度则为，内务大法官领导的常设刑事庭由刑事法官主持，受理一般刑事案件；提起控诉须遵循一定的程序，首先应提出诉讼请求并经法官批准；如果数位公民同时提起控告，则须经预先程序及辩论并选择其中一位作为控告者提出指控罪名，法官将此载入笔录，同意起诉；〔11〕预审及庭审均公开进行；判决可宣告被告无罪或者有罪，或者裁定进行补充预审。在此一历史阶段，刑事诉讼对被告权利的保障主要体现在两个方面：其一为陪审团审判，其二是不可重复追诉原则。据格利奥莱考证，最早确立不可重复追诉原则的法律应为奥古斯都时代的尤利亚法，但具体的司法实践可能更为超前。但需要指出的是，仅有常设刑事庭作出的判决具有既判力，元老院或其他公权力机构作出的判决并非严格意义上的刑事判决，不具有所谓的既判力。

不难发现，罗马共和国时代奉行的刑事既判力原则强调的是否定效力，即前一判决系终止再行起诉的事由，对判决内容的肯定效力则未作规定。刑事既判力的法理依据为诉权消耗理论，即在刑事诉讼中，诉权和请求权的消耗必然导致实体权利的消灭，并衍生出两个相应的诉讼规则：其一，对同一诉权或请求权不允许提起两次诉讼，或者说，同一诉权或同一请求权只能有一次诉讼系属；其二，如果当事人针对同一个已经过审理并作出确定判决的案件再次提起诉讼，被告可以提起“既决事项的抗辩”，终止原告提起的诉讼。但需要特别注意的是，在罗马共和国时期，刑事既判力的适用具有四个前提：同一法院、同一事实、同一罪名以及同一法律。换言之，如果被告在某一法院受审且最终被判决无罪，但该被告仍可能在另一法院依同一事实但不同罪名被判决有罪，或者在同一法院援引不同法律依同一事实、同一罪名被判决有罪。

奥古斯都（前27—14）废除共和制，实行元首政治，罗马开始了帝政时期。此一时代，常设刑事庭依然存在，但重要性日益衰微，并逐渐演变为专职的控诉机构。非常诉讼成为主导的刑事程序。从程序特质看，非常诉讼已具有明显的职权主义特征，主要表现为：法官主导整个裁判进程，审判侧重于查明当事人的真实意思；法官可强制当事人出庭和执行判决；审判虽然也可公开，但一般秘密进行；书面材料在诉讼中渐占重要地位；除既决案件外，当事人可以上诉；国家收取必要的诉讼费用；预防性监禁广泛存在，既可适用于被告，也可适用于原告。〔12〕在刑事既判力问题上，罗马帝国沿袭了共和国时代的规定，既确立了既决事由的相对效力，又保留了重复追诉的可能，但既判力原则的例外更加受到限制

〔8〕 Griotet, Mémoire sur l' autorité de la chose jugée, 1864, Revue pratique de Droit français, 1867, t. 23, p. 464.

〔9〕 参见周栢：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第33页。

〔10〕 同上书，第843页。

〔11〕 参见前引〔8〕，Griotet文，第467页。

〔12〕 参见前引〔9〕，周栢书，第993页以下；Krikor Najarian, L' autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel, Préface de Robert Vouin, Paris, LGDJ, 1973, p. 26 et s.

(尤其在图拉真改革后),即仅有新证据并不能重新启动追诉程序。

罗马法的既判力制度在欧洲大陆的刑事诉讼中得到传承,其中,中世纪的教会法院发挥了至关重要的作用。依判例,教会法院作出的判决具有终局效力,当事人不得依同一事由再行提起新的诉讼,但效力范围仅限于该系统的法院。换言之,世俗法官作出的有罪判决并不妨碍当事人就同一事实向宗教裁判官提起新的控诉,宗教裁判官作出的无罪判决也不妨碍当事人向世俗法官再次提出新的控诉。16世纪前,罗马教皇曾力图促成两大法院系统相互承认判决的效力,但未能如愿。

大革命后,法国1791年宪法第3编第5章第9条正式确立了刑事既判力原则:“所有被法定陪审团判处无罪的个人,不得因同一事实再次被指控”。相关法令作了更详细的规定:“如果控诉陪审团宣布无必要提起控告,则应释放犯罪嫌疑人,且不得再因同一犯罪事实再次提起公诉”;“如果被告被宣布无罪,则审判长应宣布指控不成立,并裁定当场释放”;“如果陪审团裁定犯罪事实系无意而为,即无伤害故意或为自己或他人而实施的正当防卫行为,则情况亦同”;对所有被判处无罪的个人,不得因同一事实再次启动诉讼程序或提出指控。尽管此后,法国的政局一直处于极不安定的状态,但刑事既判力的相关规定仍保留了下来,并反映在后续的立法(乃至现行的刑事诉讼法)中。

时下,欧洲大陆的所有国家均在不同层次的立法(如宪法和刑事诉讼法)中确立了刑事既判力原则。<sup>[13]</sup>例如,德国基本法第103条第3项便规定了“一事不两罚原则”,即,禁止对同一犯罪行为处罚两次,对已做处罚或者法律裁判效力已确定之被判无罪的犯罪,不因同一行为再受到第二次追诉或刑罚。<sup>[14]</sup>法国刑事诉讼法第368条则规定,“任何人,在依法宣告无罪释放后,不得因相同事实受到拘捕或起诉,包括以不同罪名”。

## (二) 当代意涵

正如法国学者所言,“时下,(诉讼法的)许多基本概念已变得模糊、难以理解。一些术语的基本含义亦变得不甚准确、甚至相互矛盾。既判力便是如此。”<sup>[15]</sup>各国在既判力的理论构建和制度设计方面存在的巨大差异更是加大了准确定义既判力的难度。

从词源上看,“既判力”来自拉丁语 *res judicata* 或 *non bis in idem*,前者直译为“既决事项”,后者为“一事不再理”。但在近代欧陆代表性国家的刑事诉讼中,既判力的内涵和外延均有极大的发展,并演变成不同的表述:法语为 *l'autorité de la chose jugée*,德语为 *Materielle Rechtskraft*。两大代表性国家界定既判力内涵的方式也不相同。

法国学界对既判力的界定可分为两大学说:其一为“效力说”,将既判力视为“判决所产生的效力”。所谓既判力,即“判决所产生的效力,不仅之于双方当事人,也之于其他所有人。只有受判决约束的诉讼当事人可捍卫其权利”。<sup>[16]</sup>其他学者则认为,既判力是“判决之于当事人的强制力及诉权消灭效力”。<sup>[17]</sup>或者认为,“既判力是司法裁判效力的总和,

[13] Raymond Screvens, *L'autorité de la chose jugée au pénal*, in *Rapports Belges au IX<sup>e</sup> congrès de l'Académie internationale de droit comparé*: Téhéran, 27 septembre - 4 octobre 1974, p. 815 et s.

[14] 参见[德]克劳思·罗科信:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,台湾三民书局1998年版,第544页。

[15] Georges Wiederkher, *Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée*, in *Justice et droits fondamentaux. études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 507.

[16] Cornu et Foyer, *Procédure civile*, Thémis, PUF, 3e éd., no112.

[17] Loïc Cadet, *Droit judiciaire privé*, 3e éd., no1457.

即法律真实的效力”。〔18〕其二则为“推定说”，将既判力视为“推定判决为真实”。“司法判决的主要特征便是具有既判力，而行政机关作出的行政裁决则不具有这一效力……司法判决具有法律真实，推定为真实”。〔19〕其他学者则认为，“今天，我们更倾向于将既判力界定为判决所享有的法律真实效力，或者司法审判所具有的品格，其功能在于确定审判内容的不可更改性”。〔20〕

德国学界对既判力的界定亦可分为两大学说：其一为实体法说。该学说认为既判力具有实体法的性质，最终的司法裁决为个案创设了实体上的法律，来代替立法者制定的法律。因此，前诉终局裁判对于后诉具有拘束力。〔21〕例如，有学者主张，利用判决作为一种宣言的契约，并通过判决可以对当事人发生符合已确定的权利状态的义务。〔22〕其二为程序法说。该学说认为既判力是判决的特性，既判力内容仅对后诉判决具有诉讼法上的效力。即判决并不具有实体法上的创设力，不能创设或消灭实体法上的权利。罗森贝克认为，既判力的目的在于防止裁判者再度作出与终局裁判相矛盾的判决，即使法院的终局裁判所认定的权利状态与既存之真正权利状态不符，但基于国家权力的统一性，这种错误判决的效力也不能不加以维持，不可轻易废弃。〔23〕

综合法、德两国学界对既判力内涵的界定，我们可发现如下五个基本特征：（1）对既判力的界定更多体现在民事诉讼中，而忽视刑事诉讼的基本特性。〔24〕在后者的语境下，一些民事诉讼术语、范式及理论的运用是否得当都存有疑问。例如，刑事公诉权与民事诉权是否可等同视之？“秩序维护”的刑事诉讼目的与“纠纷解决”的民事诉讼目的可否同日而语？检察机关是否可视为一方当事人？等等。（2）法国学界的“效力说”及“推定说”亦属德国的“程序法说”，仅在既判力性质的认识上存有差异。但法国诉讼法学者的诸多研究中，几乎未见有与德国“实体法说”相类似的观点。这主要是因为法国严格区分立法权与司法权，个案的既判力（包括民事与刑事）无论如何也不可能产生具有普遍指导意义的法律效力，而仅在关联性案件中产生绝对效力。（3）对既判力内涵的界定通常与既判力的目的、功能、性质以及效力范围等混为一谈，进而导致相关定义具有片面性。例如不少学者认为既判力是终止重复诉讼的机制。但这一界定系通过既判力的某一法律效果来定义其本身，无疑具有局限性。当然，终止重复诉讼是既判力最主要的后果，但并不是既判力的全部内涵，也非既判力的本质所在。〔25〕（4）各国主要学说缺乏比较法及功能主义的视角，故制度在实际的运作中虽差异不大，理论研判却大相径庭。近些年来，部分学者也发现此点，

〔18〕 Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, Association H. Capitant, 7e éd., PUF, 2005.

〔19〕 Vincent et Guinchard, Procédure civile, 29 e éd., Dalloz, 2009, no 172.

〔20〕 M. Tomasin, Essai sur l'autorité de chose jugée en matière civile, LGDJ, 1975, nos 131 et s., et nos 340 et s.

〔21〕 参见前引〔1〕，李哲文，第13页。

〔22〕 参见〔日〕中村宗雄：《既判力之本质》，有斐阁1996年版，第696页。转引自李哲：《刑事裁判的既判力研究》，北京大学出版社2008年版，第25页以下。

〔23〕 参见前引〔1〕，李哲文，第15页。

〔24〕 一些刑事法学者在研究既判力时亦更多援引民事诉讼学者的观点，比较典型的如 Bouzat et Pinatel, Traité de droit pénal et de criminologie, Dalloz, 1963, t. I, no17; Stéfani et Levasseur, Droit pénal général et criminologie, 2e éd., Dalloz, 1961, no48; Vouin et Léauté, Droit pénal et criminologie, PUF, 1956, p. 39.

〔25〕 Raymond Gassin, Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain, in RSC, 1963, p. 239 et s.

并尝试将欧陆各国的既判力理论,甚至连同英美法系的禁止双重危险原则做比较研究,取得了相当的成果,但总体而言综合性和逻辑性均不足,尚未能凝练出更多的理论共性和制度规律。<sup>[26]</sup>(5)学说间的对立呈缓和之势,综合性的学说开始展现其生命力。例如我国台湾刑法学界便认为,既判力包含两大下位概念,即实质确定力和一事不再理,前者系刑事事实法的效力,后者则为刑事程序法的效力,两者综合统一,不可或缺。<sup>[27]</sup>

综上,刑事既判力的界定应充分考虑刑事诉讼的基本制度背景,借鉴比较法及功能主义的方法,全面汲取各学说的合理因素,深刻揭示该制度的本质特征。依拙见,所谓刑事既判力,是指刑事既决事由所创设的稳定诉讼状态,包含既决事项的实质确定力和程序结果的自缚力。

### 三、现代刑事既判力的理论依据

尽管早在罗马时代,刑事既判力便已确立基本的制度雏形,也产生了极为深远的影响,但罗马时代亦设定了诸多例外,司法实践也远未达致成文法所规定的理想状态。究其根本原因,不难发现刑事诉讼在实质真实与程序安定之间存有严重冲突。这一矛盾一直延伸至现代刑事既判力的学说争论中。除此之外,现代的诉讼法学家还从诉讼经济及权利保障等角度丰富了刑事既判力的理论基础。

#### (一) 程序安定理论

刑事判决不仅对各方当事人有宣示和制裁效力,更对社会大众有一般的行为指导意义。法庭判决通过其权威效力及国家强制力确立了普适性的刑事法秩序,进而成为向法庭外的社会关系强加法律意识形态及其统治权威的最集中、最有效的方式。但与此形成尖锐矛盾的是,诉讼主体对案件事实的认识永远是相对的、局限的。案件事实的复杂性、诉讼主体的认识的相对性以及司法资源的稀缺性均加大了错案发生的风险。从根本意义上讲,刑事诉讼仅能尽可能避免却永远无法杜绝错案的发生。

然而,从程序主义的角度看,诉讼中“法律的重点不是决定的内容、处理的结果,而是谁按照什么手续来作出决定的问题的决定。简单地说,程序的内容无非是决定的决定而已”。<sup>[28]</sup>故诉讼的运行建立于制度化、结构化、常态化和刚性化的程序法则之上,诉讼的预期结果具有不确定性。在功能上,诉讼中的程序规则可限制恣意、专断和裁量,实现管理和决定的非人情化;<sup>[29]</sup>而结果的不确定性能最大限度地激发当事人的积极性,确保程序选择中的自由。故“规则”与“不确定性”确立了诉讼的“知”与“未知”,在容忍的界限范围内吸纳了各种变化的可能性,使纠纷解决过程成为可控又可变的结构。

在独立、自律的“法的空间”内,程序的安定性系法律形式化和权威化的重要标志,亦即韦伯所谓的“采取某种特定的、其意义永远固定的象征性行动”。<sup>[30]</sup>卢曼对此有过精

[26] 参见前引[3],林朝荣等书;前引[1],李哲文。

[27] 参见前引[3],林朝荣等书,第215页以下。

[28] 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第21页。

[29] 参见季卫东:《法律程序的意义》,《中国社会科学》1993年第1期。

[30] [德]韦伯:《经济与社会》下卷,第17页,转引自孙笑侠:《程序的法理》,商务印书馆2005年版,第34页。

辟的论述，“对决定合法性的承认并非基于当事人是否确信决定的必然性、正确性和正义性。与此相反，程序向相关的个人提供了一个学习过程，让他们接受程序的结果并作为将来行为的依据。唯一重要的是外部意义上的成功。虽然被证实有罪的被告人会对有罪判决不满意，但他们仍然表现顺从，因为他们不得不认识到他们无法动员亲友和普通公众反对这一判决。这种成功只有在对约束性判决的承认已制度化了的社会氛围中才能实现。这就是程序的贡献：它不需要个人确信他们得到了公正的对待，而是改变了当事人的期望结构和生存环境，通过这种方式将当事人在程序中整合起来，使得他们在最后除了接受决定以外别无选择（就像我们虽然不喜欢某种天气，还是无可奈何地接受了它）”。<sup>[31]</sup>

因此，“在刑事案件中，或者因为提起上诉的期限已过，或者因为已经提出过上诉并且已经受到判决，因而各种上诉途径……均不再有可能时，对该案所作的裁判决定即告取得既判力……依据既判力，刑事裁判决定，以法律规定的不可反驳之推定效果，被看成是对事实真相的表达。由此产生的效果首先是，对已经受到法院判决的同一人，不得以已经受到判决的相同犯罪事实继续进行追诉。既决事由使公诉消灭。……由刑事法院作出判决的既决事由对其他刑事法院具有‘否定性质’的既判力，也就是说，其他刑事法院不得再行受理针对同一人的、依据已经受到最终判决的相同事实提起追诉”。<sup>[32]</sup>

## （二）诉讼经济理论

在法院和刑事诉讼程序正式确立前，人类社会解决刑事纠纷的基本方式是同态复仇，而同态复仇是一种无节制的私力救济。仅此而论，法院的设立及国家对司法的垄断便是为定纷止争设立一定的“时空”界限，避免责任追究反复无常，消耗大量的社会资源。

波斯纳曾从诉讼经济学的角度对“已决案件不得再诉”原则做过精辟的论述。“不允许（已决案件）的相同当事人之间再就相同的权利主张提起诉讼（*res judicata*），这可能是令人惊讶的。由于当事人败诉，他可能会愿意再次进行诉讼；败诉仍是其第二次诉讼可能结果的证据。但为什么要禁止他再诉讼呢？就像禁止登广告的人再进行数月前第一次时失败的广告竞争一样。其答案是，再诉是需要成本的，但由于我们无法决定前后矛盾的一系列结果（A诉B，结果败诉；A再诉B，结果胜诉；为此B又再诉A以补偿其对A的赔偿，结果B又胜诉；依此无穷）何者为正确，所以减少错误成本的收益在总体上为零。无论这一诉讼链在哪一环断裂，我们都没有任何理由认为最新的判决会比以前与之相矛盾的判决更为正确——假设不同诉讼中的利害关系相同或相似，并且（一个相关的观点）第一个法庭和以后的法庭（例如，不是交通法庭）在审判水平上是差不多的”。<sup>[33]</sup>

在人类社会的刑事司法史上，诉讼经济理论与客观真实的诉讼观总是在张力和矛盾中共同进化。司法审判中，法官依据涉案当事人及亲历案件过程的证人的陈述，依程序法则及证据规则，对案件事实加以遴选、重组，形成有意义、成体系、合逻辑的事实链条，尽力使现实场景得以还原。但司法资源的有限性使诉讼仅能对每个案件做最大限度的“历史”

[31] [德] 克劳斯·F. 勒尔：《程序正义：导论与纲要》，陈林林译，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》第4辑，中国政法大学出版社2001年版。

[32] [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1999年版，第875页以下。

[33] [美] 理查德·波斯纳：《法律的经济分析》下，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第750页以下。

还原,却难妄称“回到真实”。故既判力在实体与程序的双层意义上赋予终局裁决“拟制真实”的效力,为刑事案件的解决划上终止符,避免累讼、滥讼,尽快恢复社会秩序。

### (三) 权利保障理论

在刑事诉讼中,被告的某些权利和保障“在历史上曾以‘基本的’(fundamental)形式出现,特别是在当代,被通过宪法或国际文件加以宣告”。<sup>[34]</sup>例如《公民权利和政治权利国际公约》第14条便规定了刑事诉讼中被指控人获得公正审判的权利,并为被指控人获得公正审判设计了组织性保障和程序性保障。“组织性保障主要包括对司法机构和司法人员的要求,程序性保障则大致可以概括为程序公开与程序公正这两项原则。程序公开包括动态的审理公开和静态的判决公开。程序公正通过无罪推定、最低限度的程序保障(包括迅速获知指控、辩护权、不迟延地被审判、法律援助、询问证人、免费获得翻译、不得被迫自证其罪等7项权利)、少年案件的特殊程序、上诉制度、刑事错案赔偿制度、禁止双重危险等规定加以具体体现”。<sup>[35]</sup>

具体在既判力上,被告的权利保障既包括程序上免受反复追诉的危险,也包括刑事实体法律关系的确认。正如美国联邦最高法院大法官布莱克所言,“拥有各种资源和权力的国家不应当被允许因为一个公民一项被指控的犯罪,而反复作出试图使他得到定罪的努力,以致把他置于尴尬、消耗和使其意志遭受痛苦磨难的状态之中,迫使他生活在一种持续的焦灼和不安全状态之中,同时增加即便他无罪,但也会被判定有罪的可能性”。<sup>[36]</sup>故刑事程序通过既判力明确了被告的未来,并产生程序的自缚性。“随着程序的展开,人们的操作越来越受到限制。具体的言行一旦成为程序上的过去,即使可以重新解释,但却不能推翻撤回。经过程序认定的事实关系和法律关系,都被一一贴上封条,成为无可动摇的真正的过去。而起初的不确定性也逐步被吸收消化。一切程序参加者都受自己的陈述与判断的约束。事后的抗辩和翻悔一般都无济于事。申诉与上诉的程序可以创造新的不确定状态,但选择的余地已经大大缩减了”。<sup>[37]</sup>

## 四、刑事既判力的效力类型

刑事终局判决作出后,即创设某种稳定的诉讼状态,并在诉讼内外产生不同类型的效力。从学理上,可做两种类型的划分:(1)肯定效力与否定效力。肯定效力指终局判决应视为真实,具有执行力;否定效力指禁止对既决事由作出重新裁判。(2)相对效力与绝对效力。相对效力指终局判决对诉讼各方当事人产生的约束力;绝对效力指终局判决对诉讼外一般公众具有的约束力。在法国法中,相对效力又可分为客观效力与主观效力。<sup>[38]</sup>前者指终局判决对“同一事实”产生的约束力;后者指终局判决对“同一当事人”产生的约束

[34] [意]卡佩莱蒂等:《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》,徐昕译,法律出版社2000年版,第11页。

[35] 熊秋红:《禁止双重危险原则之建构》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》第3卷,中国人民公安大学出版社2006年版,第32页。

[36] (1957) 355 US 184, 2 L ed. 2<sup>nd</sup> p199 at p201. 转引自张毅:《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70页以下。

[37] 前引[29],季卫东文。

[38] 德国法称之为既判力的“客观范围”与“主观范围”,涵义相同。

力。效力类型系刑事既判力理论的核心所在，其从不同角度确立了刑事终局判决创设的稳定法律状态。需要特别指出的是，免诉裁决虽不构成严格意义上的刑事终局判决，但亦经过较严格的证明程序，具有“类”既判力。

### （一）肯定效力和否定效力

在刑事诉讼中，如果当事人已穷尽法定的上诉方式，或者超过法定上诉期限，或者未遵守上诉的程序细则，则法庭作出的判决即为终局判决，产生既判力，视为真实。正如拉丁法谚所云，“定案即视为事实（*res judicata pro veritate habetur*）”。无论此一判决是否有误或者公正与否，当事人均应遵守，国家机器将为严格执行刑事判决提供必要的支撑。终局判决作出后，刑事既判力将同时产生两种效力：肯定效力和否定效力。<sup>[39]</sup>

#### 1. 肯定效力

刑事判决生效后，公诉权即归于消灭，判决具有执行力，此谓肯定效力。其主要涉及如下三个问题：效力的载体、刑罚的执行方式以及刑事判决之于民事判决的既判力。

##### （1）效力的载体

依通说，既判力执行肯定效力的载体为终局性的刑事裁判。在欧陆，裁判有广义、狭义之分。狭义的裁判仅指法官作出的实体判决，广义的裁判则包括各种程序性裁决或中间裁决。例如，法国刑事诉讼法规定了三种法庭裁判文书：决定、裁定和判决；德国刑事诉讼法也规定了三种：判决、裁定和处分。裁判是否产生肯定效力，取决于是否进行了直接、言辞、对席的严格证明程序。“刑事审判之核心工作，为‘认定事实’及‘适用法律’。‘适用法律’得其正鹄之前提，在于精确‘认定事实’。‘认定事实’须凭证据，不能出于擅断；所凭证据须经调查，始足以自由判断其证明力而形成心证；至若心证之形成，则可谓之为事实真伪之证明。乃刑事审判所需证明之事实，本有‘实体事实’及‘程序事实’之分，因此，所凭以认定事实之证据，及其调查证据之程序，并其自由心证所需证明之程度，自亦有别。是所谓‘严格证明’与‘自由证明’之分，实即发端于此”。<sup>[40]</sup> 故据此可将不同形式的裁判一分为二：其一，经严格证明、产生肯定效力的裁判，即定罪量刑的终局判决；其二，仅经自由证明，未产生肯定效力的裁判，包括各种程序性裁决和中间裁决。<sup>[41]</sup>

##### （2）刑罚的执行方式

穷尽所有救济途径后，刑事判决即成为终局判决，不可撤销且具有执行力。但近现代以来随着刑罚个别化及刑罚矫正论的兴起，刑罚执行方式呈多样化趋势，减刑、假释等制度的广泛适用对传统既判力的执行效力造成极大的冲击。法国刑法学家雷蒙·加赞便直言不讳地指出，“在刑法领域，随着刑事司法理念的转变，尤其是刑罚个别化的兴起，既判力已呈衰微之势……较之于民事领域，刑事判决的既判力效力微弱，不仅因为发现真相，还因为刑罚效率”。<sup>[42]</sup> 相反，伍安教授则认为，刑罚执行方式更多是司法管理问题，不宜和既判力的肯定效力混为一谈。“刑罚管理的个别化或者司法后的个别化貌似在一定程度上违

[39] 德国学说区分为“实质确定力”和“程序确定力”，内涵完全相同。

[40] 前引〔3〕，林朝荣等书，第218页以下。

[41] 免诉裁决具有特殊性，详见下文论述。

[42] Raymond Gassin, *Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain*, in RSC, 1963, no2, p. 240.

背了既判力原则,但我们可以反驳此观点。一方面,谁有权要求刑事有罪判决得以严格执行?另一方面,公众易于接受刑罚个别化而不会剥夺刑事判决的基本意义。而对于后一方面,即以社会的名义对个人的行为进行价值评断,我们甚至可以说,它(刑罚个别化)间接地确认了司法判决的这一功能”。〔43〕伍安教授的观点得到社会防卫学派的马克·安塞尔等著名刑法学家的认同,逐渐成为主流学说。

### (3) 刑事判决之于民事判决的肯定效力

犯罪行为经常同时引发刑事诉讼和民事诉讼。刑事判决一旦产生终局效力,便立即消灭了公诉权,但并未因此消灭民事诉权,当事人依然可单独向民事法院提起赔偿或其他民事诉求,由此引发了刑事判决之于民事判决的肯定效力问题。依通说,刑事判决之于民事判决的肯定效力包括两个方面:其一为“刑事裁判暂时中止民事裁判”原则,即在某一刑事案件同时引发刑事诉讼和民事诉讼的情况下,如果该刑事案件的公诉已启动,则在民事法院提起的民事诉讼应延迟裁判,直至最终的刑事判决作出为止;其二为“刑事裁判效力优先原则”,即同一案件的民事法官应严格遵守已生效刑事判决的主文及判决理由。

## 2. 否定效力

除“定案即视为事实”外,既判力的另一基石为“一事不再理”,此即刑事既判力的否定效力。“刑事判决生效后,公诉权随即消灭,禁止重新启动诉讼”;“控诉者的诉讼请求将不再被受理,……这源于法律的理性,具有普适性”。〔44〕因此,欧陆各国普遍在宪法或宪法性文件中确认此一基本原则。法国宪法虽未明确规定“一事不再理”原则,宪法委员会对此亦态度模糊,但法国最高行政法院在1996年关于国际刑事法庭草案的咨询意见中明确指出,“‘一事不再理原则’系1789年《人权宣言》第8条所规定之‘刑罚必要性’的组成部分,具有宪法效力”。〔45〕刑事既判力的否定效力包括两个核心要素:其一,对同一犯罪行为禁止重复起诉;其二,对同一犯罪行为禁止重复审判。还应特别注意,欧陆刑事既判力的否定效力与英美法的“禁止双重危险”有诸多共同点,但仍有核心区别。

### (1) 禁止重复起诉

在此一问题上,大陆法系部分传统刑诉法学者援引民事程序法的诉讼系属理论,〔46〕认为禁止重复起诉源于罗马法的“诉权消耗”理论;即,诉权会因诉讼系属或既定裁判而消耗,对同一诉权或请求权,不允许二次诉讼系属。〔47〕但检察机关的公诉权源于国家主权,与民事诉讼的个人诉权有天壤之别,显然不可以民事诉讼的系属理论来解释刑事诉讼的“禁止重复起诉”。从根本意义上讲,检察机关的公诉权并非“民事诉权”或“主观权”,〔48〕而是“以国家或社会的名义,请求法庭对既定犯罪行为予以定罪量刑的公权力”,〔49〕不能

〔43〕 R. Vouin, La division du procès pénal en deux phases, in L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant, Paris, Cujas, 1954, p. 169 et s.

〔44〕 Ortolan, Eléments de droit pénal, 3e éd., 1864, t. II, p. 284, no1779.

〔45〕 A. G., avis n° 358.597.

〔46〕 Georges Wiederkher, Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée, in in Justice et droits fondamentaux. études offertes à Jacques Normand, Paris, Litec, 2003, p. 507.

〔47〕 Bouzat et Pinatel, Traité de droit pénal et de criminologie, Dalloz, 1963, t. I, no17; Stéfani et Levasseur, Droit pénal général et criminologie, 2e éd., Dalloz, 1961, no48; Vouin et Léauté, Droit pénal et criminologie, PUF, 1956, p. 39.

〔48〕 Motulsky Henri, Le droit subjectif et l'action en justice, in Archives de Philosophie du Droit, Sirey, 1964, p. 215 et s.

〔49〕 Michèle-Laur Rassat, Institutions judiciaires, PUF, 1993, p. 234.

放弃,也不存在所谓的“消耗”。依刑事诉权的基本理论,禁止重复起诉的学理依据主要有三:其一,刑事公诉权的“不可分割性”。这是指检察院在对被告提起公诉时代表着国家权力的行使,不能简单地分割为个案公诉权的集合。检察机关在个案中作出的决定,亦是国家整体意志的体现,不能反复更改。故在具体的刑事案件中,终局的刑事判决作出后,除有法律规定的特殊情况,检察机关不得就同一事实再行提起公诉。其二,司法尊严原则。司法是社会正义的捍卫者,不能为达目的而不择手段。“司法应获得尊重与信赖……应极具尊严、不辞劳苦地与罪犯作斗争……司法机关本身不得使用违法或违反社会伦理底限的手段打击犯罪”。<sup>[50]</sup>这一原则要求检察机关在打击犯罪时不得滥用公诉权,使被告始终处于效力未定的危险状态中。其三,公民处于安定状态的基本人权。这在诸多国际人权条约中均有反映,如《公民权利和政治权利国际公约》第14条第7项和《欧洲人权公约》第7议定书第4条。由此可见,诉讼终局性与公民处于安定状态的基本人权保障已然受到国际社会的普遍重视,并为各主要发达国家的宪法及宪法性文件所普遍确认。

### (2) 禁止重复审判

禁止重复审判是指法院不得对已生效的裁判以各种理由包括更换罪名进行重新审理,并作出新的、不利于被告的判决。“(判决生效后)法庭既无义务进行重新裁判,更无案件可进行裁判”。<sup>[51]</sup>从学理依据看,禁止重复审判系禁止重复起诉的天然延伸,两者在价值取向上具有共同性。需特别指出的是,禁止重复审判,既适用于庭审,也适用于审前阶段的部分裁判。例如在法国,审前程序中作出的不予起诉的裁定亦具有既判力,预审法官或预审庭不得就同一事由再行启动预审程序。

### (3) “一事不再理”与“禁止双重危险”的区别

不少学者认为,大陆法系的“一事不再理”事实上等同于英美法系的“禁止双重危险”。日本学者田口守一便认为,“本来,大陆法的一事不再理原则和英美法的双重危险原则都来源于罗马法,因此从学说发展史来看,一事不再理效力以双重危险说为根据是很自然的”。<sup>[52]</sup>我国台湾学者蔡墩铭教授亦指出,“刑事判决一旦确定,对于同一案件不得为再度之审判者,称为一事不再理之原则。……英美法称此原则为二重危险禁止之原则,亦对同一犯罪案件,不许为再度之审判”。<sup>[53]</sup>但正如熊秋红教授所指出的,“一事不再理”与“禁止双重危险”在历史形成、基本内涵及诉讼背景等方面存有一定的区别。<sup>[54]</sup>更为根本且重要的是,两者在制度功能及运作上存有极大差异。概而言之:在大陆法系国家,“一事不再理”发生于有罪或无罪的终局判决作出后,重在实体的实质正义,而“禁止双重危险”发生于程序上的“第一次危险”后,未必须经实质性的终局判决,其重在程序的形式正义。例如,在法庭审判中,如果证据已呈堂调查,则均视为在程序上已对被告施加了“第一次危险”。如果此后因故解散陪审团或者驳回起诉而未完成审判的,依禁止双重危险原则,就

[50] Pierre Bouzat, La loyauté dans la recherche des preuves, in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à Louis Huguency*, Paris, Sirey, 1964, pp. 155 - 156.

[51] Portalis, *Discours préliminaire du projet de l'an VIII du Code civil de 1804*.

[52] [日] 田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第303页。

[53] 蔡墩铭:《刑事诉讼法概要》,台湾三民书局2005年版,第28页。

[54] 参见前引[35],熊秋红文,第32页以下。

不得再度依同一事由对被告提起公诉或进行审判。<sup>[55]</sup>故“禁止双重危险”可能比“一事不再理”发生的时间更为提前。此外,在大陆法系,如果被告一审被判决无罪,只要未经终审判决,检察官均可依审级制度逐级提起上诉,而不受“一事不再理”的约束。但在英美法系,如果被告经庭审被判处无罪,则不得再对之进行审判,无论既定无罪判决有何等重大错误。“如允许在无罪判决后,可以有第二次之审判,将产生一项难以接受之高度危险,亦即,检方挟其无比优势之资源,当足以削弱被告之防御能力,以致即使系无辜之被告,亦终有被定罪之可能。因此,无罪判决具有终局确定力,检方对于无罪判决绝无上诉之余地。”<sup>[56]</sup>由此可见,在不同的诉讼制度背景下,“一事不再理”与“禁止双重危险”有着极大的差别,很难说“其基本的内涵和基本的立法精神是一致的”。<sup>[57]</sup>

## (二) 相对效力与绝对效力

司法“有一个独立性的、自律的所谓的‘法的空间’得以形成和维持。这个法的空间既相对独立于国家和社会,同时又将这两者有机地结合起来”。<sup>[58]</sup>在刑事司法背景下,诉讼既呈现一定的封闭性和独立性,又与外部保持相当的开放和交流。刑事判决的既判力也有明显的内外之分。在此一标准下,对内之效力称为“相对效力”,指终局判决对诉讼各方当事人的约束力;对外之效力称为“绝对效力”,指终局判决对诉讼外一般公众具有的约束力。

### 1. 相对效力

总体而言,既判力是相对的,仅“同一案件”的当事人可援引不可撤销的终局判决作为终止新诉的抗辩事由。在欧陆刑诉理论中,案件是否同一,应以当事人(主要为被告)及犯罪事实是否相同为准,<sup>[59]</sup>前者称为主观效力,后者称为客观效力。“对于同一被告、同一犯罪事实之同一案件,国家仅有一个刑罚权,不容重复起诉”。<sup>[60]</sup>

#### (1) 主观效力:当事人的同一

“当事人的同一”,包括“控诉方当事人的同一”和“受追诉方当事人的同一”。依检察一体原则,“控诉方当事人的同一”在诉讼理论与司法实践中均不会产生任何争议,即为检察机关。但“受追诉方当事人的同一”在司法实践中的情况相对复杂。原则上,被追诉人在前案中以正犯或共犯而受到追诉,在后案中又以完全相同的身份受到追诉的,才能视为“受追诉方当事人的同一”。对前案犯罪事实已经受到无罪或者有罪判决的当事人以外的其他人提起追诉的,则不属于“受追诉方当事人的同一”。在诉讼程序中,法庭不得更换被告。这为司法实践中共同犯罪的分案处理提供了法理依据。

但“当事人的同一”存有例外,即,如果基于同一犯罪事实的后案被告与前案已作无

[55] Downum V. United States, 372 U. S. 734 (1963).

[56] United States v. Martin Lienen Supply Co., 430 U. S. 564 (1977), 转引自前引[3],林朝荣等书,第3页。

[57] 相反的观点,参见前引[1],李哲文,第7页。

[58] 王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国政法大学出版社2001年版,第40页。

[59] 德国法称之为“诉讼客体”理论或“诉讼标的”理论,参见前引[14],罗科信书,第204页以下;[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第129页以下。法国也有类似的理论,参见 Krikor Najarian, L' autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel, Préface de Robert Vouin, Paris, LGDJ, 1973, pp. 98 - 99.

[60] 前引[3],林朝荣等书,第322页。

罪判决的被告处于完全相同的境况，则亦可援引既判力的相对效力予以抗辩。<sup>〔61〕</sup>例如 A、B 和 C 原系朋友，后在酒桌上发生摩擦，互相推搡，但未造成人身伤害。其后，C 报案，公安机关对 A 采取刑拘，B 闻讯逃跑。后检察机关以寻衅滋事罪对 A 提起公诉，法院判处无罪。在此情况下，如果 B 到案后，检察机关又以寻衅滋事罪对 B 提起公诉，则 B 可以前案生效判决进行抗辩。

## （2）客观效力：犯罪事实的同一

何为“犯罪事实的同一”，是欧陆刑事法学界倍受争议的难题。这是因为刑事诉讼法意义上的“犯罪事实同一”与刑法上的罪数概念在“立法目的与方法方面都不尽相同”。<sup>〔62〕</sup>刑法的罪数概念，其立法目的着眼于犯罪的法律评价，尤其是罪质的高低。因此，在适用方法上主要考虑犯罪的社会危害程度，进而确定其所应得的惩罚，其惩罚轻重程度与罪数的多少不具有必然联系。刑事诉讼法上的“事实”，则着眼于是否属于起诉的范围，以及法官据此作出的判决在多大程度上具有约束后诉的效力。<sup>〔63〕</sup>刑事诉讼法上的“事实”，着眼于既判力效力的犯罪事实，而非“罪名”或者“罪数”。依欧陆通说，“犯罪事实的同一”是指“自然意义的一个犯罪事实”，而非“法律定性的一个犯罪事实”。具体而论，无论法律定性如何，所有实际上无法分割的事实皆视为一个“犯罪事实”；在实体法上实质竞合时可以分割的独立的数个事实，当其就不法内涵可以相互进行比较，并且相互在时间及空间上有紧密的关联性时，也可视为一个“事实”；<sup>〔64〕</sup>其余则视为多个“犯罪事实”。

依此标准，我们可对司法实践中构成“犯罪事实同一”的情形做一简单总结：（1）单一犯罪行为构成单一罪名的；（2）单一犯罪行为构成数个罪名的（想象竞合犯）；（3）多个犯罪行为构成一个罪名（实质竞合犯、结果加重犯、继续犯、吸收犯），但犯罪行为的发生过程实际上无法分割的（反之则为多个犯罪事实）。此外，如果侦查机关在案发时仅发现形式数罪中的部分事实，而遗漏了其他潜在事实，那么，该部分事实的判决效力及于全部事实，这在欧陆理论中被称为“既判力相对效力的扩张”。

## 2. 绝对效力

刑事终局判决对诉讼外一般公众具有的约束力，主要体现在两个方面：其一，刑事判决具有最优效力；其二，可直接援引刑事判决主文及理由所认定的证据及事实。

### （1）最优效力

刑事判决与公共秩序紧密相关，故法庭作出的终局刑事判决具有最优效力，不仅之于同一案件的民事诉讼，还包括行政诉讼、纪律惩戒及其他行政性裁决。在此情况下，民事判决和行政裁决不得与刑事判决相悖。

### （2）证据与事实的确认效力

有罪判决或无罪判决作出后，社会组织和公众可援引判决主文及理由中的证据与事实进行诉讼或提起抗辩。例如，在强制医疗程序中，法院判处被告有罪但因其患有精神疾病而免于刑事责任的，强制医疗机构可直接援引主文中关于精神病鉴定及“有继续危害社会

〔61〕 Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Charles Hingray, 2e éd., 1866, t. II, no1001, in fine.

〔62〕 参见林钰雄：《刑事诉讼法》，作者2001年自版，第238页以下。

〔63〕 参见前引〔1〕，李哲文，第60页。

〔64〕 同上。

的可能”的事实和证据对被告适用强制医疗程序。

### （三）免诉裁决的“类”既判力

从诉讼结果看，产生终局效力的裁判既包括正式庭审结束后对被告作出的有罪或无罪的实体裁判，也包括因程序要件缺失而导致诉讼程序非正常结束的裁判，后者通常以免诉裁决的形式作出。免诉裁决是否具有既判力，在学术界倍受争议。我国台湾学者陈朴生教授认为，“免诉事由之存在，有关于实体面，即其诉讼条件之是否欠缺，系以实体事项为其判断之依据。故其判决虽得不经言词辩论为之，属于形式裁判之一种，而其内容则涉及实体，即具有实体性，自系实体关系的形式裁判，亦具实质的确定力”。〔65〕但从比较法的角度看，问题显然更为复杂。例如，在法国，不予起诉的裁定有两种：其一为预审法官或预审庭依法律事由而作出的不予起诉裁定，如大赦、已过追诉时效、免责事由（正当防卫、紧急避险等）等；其二为预审法官或预审庭因案件证据不足、事实存疑而作出的不予起诉裁定。前者具有既判力，不得就同一事由再行提起公诉；而后者不具既判力，检察机关只要有新证据便可重新启动公诉。德国亦类似，因法定公诉障碍而作出的不起诉决定具有既判力，强制起诉的中止程序裁定具有既判力；因证据不足、事实存疑而作出的不起诉决定则不具既判力。但在意大利，只有经实体审理、确定被告罪责但因公诉时效完成而作出的免诉判决才具有既判力。可见，欧陆各国在免诉裁决的既判力问题上态度并不相同。

依拙见，免诉裁决是否具有既判力，主要取决于是否经过直接、言辞、对席的严格证明程序。如果未经严格证明程序，则为纯粹的程序性裁决，不产生既判力。例如，因证据不足、事实存疑而作出的不起诉裁决便不具既判力。一旦发现新证据，检察机关可重新启动公诉。相反，如果免诉裁决经过严格的证明程序，双方当事人就本案犯罪事实是否成立、国家刑罚权是否存在进行过对席辩论，则为实质性裁决，产生“类”既判力，检察机关不得就同一事实再次提起公诉。

## 五、刑事既判力阻却制度

刑事既判力的核心是保障程序的安定性，这与欧陆职权主义长期奉行的“客观真实”产生较严重的冲突。如果终局刑事判决确有错误，是否依然严格奉行既判力原则？何种事由可能阻却刑事既判力？对此，欧陆国家奉行“禁止不利于被告的变更”这一核心原则，严格限制非正常上诉及再审程序的途径和条件，确立了极为苛刻的刑事既判力阻却制度。

### （一）原则：禁止不利于被告的变更

所谓“禁止不利于被告的变更”，〔66〕是指仅有被告一方上诉的情况下，上诉法院不能作出比原审判决更不利于上诉人的判决。这一原则“旨在使被告消除其可能在下一审级中被处以更严厉的刑罚的恐惧”。〔67〕其为大陆法系国家所普遍奉行的基本原则。非常上诉作为刑事既判力的阻却制度，亦应严格奉行此原则。

〔65〕 陈朴生：《刑事诉讼法实务》，作者1994年自版，第276页。

〔66〕 德国法上又称为“禁止不利益变更”。

〔67〕 参见前引〔14〕，罗科信书，第567页。

在法国，非常上诉主要包括因为法律上的错误而为当事人利益提出的上诉和为法律利益提出的上诉。在非常上诉中，最高法院不对诉讼本身进行审理，而只从法律的角度“审判”向其提出的裁判。如果裁判错误适用法律，则最高法院撤销原裁判，将案件发回，并交与原审法院同一级的、同一性质的法院审理。如果法律得到正确适用，则驳回上诉。故非常上诉解决的是法律适用问题，但在此过程中不得恶化被告人的地位。需要特别指出的是，负责重新审理本案的法院虽有自行裁判的自由，但不得违反上诉不加刑的原则。<sup>[68]</sup>此外，司法部部长、被定罪人以及被定罪人死亡后代表其利益的个人，如果认为原审生效判决确有法定的错误和不当之处，可以向有罪判决复议委员会提出再审申请。委员会经审查认为符合法国刑事诉讼法所规定的再审条件的，可以将申请提交最高法院刑事庭，从而启动刑事再审程序。但是，被允许提出再审申请的只能是重罪法院和轻罪法院作出有罪判决的案件。对于上述法院所作的无罪裁判和违警罪法院所作的任何裁判，任何人都不得提起再审。而且，这种有利于被判刑人的再审申请，在提起方面不受任何时间上的限制。德国的情况亦与此类似。<sup>[69]</sup>

## （二）例外：错案的非常上诉与再审程序

既判力也存在例外，即在事实认定或法律适用确有错误的情况下，无论是否不利于被告，均可能启动非常上诉和再审程序，这是“程序安定”之于“客观真实”的让步。比较典型的如德国刑事诉讼法第362条规定的四种不利于被告人的再审条件：（1）法庭审理中对被告人有利的作为真实证书出示的证书，系伪造或变造；（2）证人或鉴定人在提供对被告人有利的证言或鉴定时，故意或过失违反宣誓义务，或者有责地故意作出虚假的未经宣誓的陈述；（3）参与判决的法官或陪审员，在有关案件的问题上有责地做出违反职务义务的可罚行为；（4）被宣告无罪者在法庭上或法庭外就犯罪行为作出了可信的自白。我国台湾刑事诉讼法第422条亦规定：有罪、无罪、免诉或不受理之判决确定后，有下列情形之一者，为受判决人之不利益，得声请再审：（1）原判决所凭之证物已证明其为伪造或变造者；原判决所凭之证言、鉴定或翻译已证明虚伪者；原判决所凭之通常法院或特别法院之裁判已确定变更者；参与原判决或前审判决或判决前所行调查之法官，或参与侦查或起诉之检察官，因该案件犯职务上之罪已经证明者，或因该案件违法失职已受惩戒处分，足以影响原判决者；（2）受无罪或轻于相当之刑之判决，而于诉讼上或诉讼外自白，或发现确实之新证据，足认其有应受有罪或重刑判决之犯罪事实者；（3）受免诉或不受理之判决，而于诉讼上或诉讼外自述，或发现确实之新证据，足认其并无免诉或不受理之原因者。<sup>[70]</sup>

应该看到，相对于有利于被告的再审，不利于被告的再审的启动条件更为严苛，且被限制在极小的范围内，如证据虚假、被告作有罪自白或办案人员有职务犯罪等。故从根本上讲，禁止不利于被告的变更是原则，既判力阻却是例外。尽管如此，不少大陆法系学者对“对被告不利的再审程序”颇有微词，认为其与“既判力相对效力的扩张”理论相矛盾。“再审程序乃成为规避既判力二重起诉之禁止，以行再度诉追之巧门，殊有害于被告之基本

[68] 参见前引[32]，斯特法尼等书，第872页。

[69] 参见德国刑事诉讼法第331条第1款、第358条第2款及第373条第2款的规定。

[70] 这一规定受到我国台湾学者的严厉批判，参见前引[3]，林朝荣等书，第340页以下。

人权……一项法律制度之内涵，竟有如此自相矛盾之设计，岂不荒谬”。〔71〕

## 六、中国刑事诉讼中的既判力问题

如前所述，中国学界对欧陆既判力理论长期以来缺乏深入的关注和思考。从已发表的学术文献看，学者主要在两个相邻近的领域探讨既判力问题：其一为禁止双重危险原则在中国刑事诉讼中的引入和运用；其二为中国再审程序的改革与完善。研究素材和方法比较单一，比较法的运用主要集中在英美法系，对中国问题的研究也主要为“对策性”的研究。这两方面的研究自是十分有益，也在客观上促进了中国刑事再审制度的完善，但弊端亦十分明显：一方面，禁止双重危险原则与中国时下大陆法系的刑事诉讼传统存在严重的价值、制度乃至技术冲突。从诉讼价值层面看，“形式正义”在英美法系刑事诉讼中占据至高地位，这与大陆法系“实质真实”的传统格格不入。故“禁止双重危险”的“有利被告”理念在许多大陆法系国家显得极为激进，更遑论时下的中国。此外，在制度和技术层面，中国刑事诉讼也很难接纳禁止双重危险原则，尽管在诸多理念上有契合之处。另一方面，对中国再审程序的“对策性”研究，更多关注的是此一程序在司法实践中面临的一些非常具体的问题，并提出对策建议。但此一研究方法极易忽视再审程序背后的基本法理——如刑事判决的效力范围及其限制、刑事既判力的实体确定力、程序确定力及其效力阻却等——将诸多制度问题零碎化，容易失之片面（再审程序显然无法囊括既判力的全部内涵）。更为重要的是，中国的刑事诉讼如何“消化”欧陆的既判力理论，正本清源、回归传统，进而在“程序安定”与“实质真实”之间寻求合乎中国刑事司法需求的契合点。

### （一）刑事诉讼法及司法解释中的既判力规定

中国学界普遍未将“既判力”作为刑事诉讼的基本理论范畴，但这并不意味着刑诉法及相关司法解释中没有发挥既判力功能的相关制度设计。总体而言，这些制度设计大体如下：

#### 1. 关于终局实体判决既判力的规定

刑事诉讼法第248条规定，下列判决是发生法律效力且不得上诉、抗诉的判决：已过法定期限没有上诉、抗诉的判决；终审的判决；最高人民法院核准的死刑判决和高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决。

#### 2. 关于不起诉决定既判力的规定

刑事诉讼法第173条第1款及第2款规定，“犯罪嫌疑人没有犯罪事实，或者有本法第15条规定的情形之一的，人民检察院应当作出不予起诉决定。对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不予起诉决定”。第171条第4款规定，“对于二次补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，应当作出不予起诉的决定”。“最高检规则”第405条规定，“人民检察院根据刑事诉讼法第171条第4款规定决定不予起诉的，在发现新的证据，符合起诉条件时，可以提起公诉”。

#### 3. 关于刑事判决之于民事判决的既判力的规定

〔71〕 前引〔3〕，林朝荣等书，第359页。

刑事诉讼法第99条规定,“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的,在刑事诉讼过程中,有权提起附带民事诉讼。被害人死亡或者丧失行为能力的,被害人的法定代理人、近亲属有权提起附带民事诉讼”;第102条规定,“附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判,只有为了防止刑事案件审判的过分迟延,才可以在刑事案件审判后,由同一审判组织继续审理附带民事诉讼”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“最高法解释”)第159条规定,“附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判,只有为了防止刑事案件审判的过分迟延,才可以在刑事案件审判后,由同一审判组织继续审理附带民事诉讼;同一审判组织的成员确实不能继续参与审判的,可以更换”;第160条规定,“人民法院认定公诉案件被告人的行为不构成犯罪,对已经提起的附带民事诉讼,经调解不能达成协议的,应当一并作出刑事附带民事判决。人民法院准许人民检察院撤回起诉的公诉案件,对已经提起的附带民事诉讼,可以进行调解;不宜调解或者经调解不能达成协议的,应当裁定驳回起诉,并告知附带民事诉讼原告人可以另行提起民事诉讼”;第161条规定,“第一审期间未提起附带民事诉讼,在第二审期间提起的,第二审人民法院可以依法进行调解;调解不成的,告知当事人可以在刑事判决、裁定生效后另行提起民事诉讼”;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第74条规定,“已为人民法院发生法律效力裁判所确定的事实”,当事人无需举证。

#### 4. 禁止不利于被告的变更及再审程序规定

刑事诉讼法第3编第5章、“最高法解释”第17章对“上诉不加刑”及审判监督程序的运行作了十分详尽的规定。

#### (二) 法律适用中的既判力问题

从前述法律条文及司法解释看,中国刑事诉讼对终局判决的效力作了诸多规定,但不难发现,许多规定存在空白模糊之处,还有一些规定不甚合理,亟待修改。

##### 1. 不起诉决定的效力未定

时下的不起诉决定分为四种:绝对不起诉、相对不起诉、存疑不起诉以及少年司法中的附条件不起诉。但在学理上,不起诉仅是检察机关享有的程序处分权,不具有既判力。如果有了新的证据或发现新事实,符合法律规定的起诉条件的,或者检察机关认为不起诉决定确有错误的,则应依职权撤销原来的不起诉决定,依法向法院提起诉讼。这显然与欧陆法的既判力理论截然相反,使被告处于不安定的程序状态中。

##### 2. 规避终局判决的既判力

即便从制度功能论,中国刑事诉讼也没有与欧陆法中诉讼客体、肯定既判力、否定既判力、主观既判力、客观既判力、相对既判力、绝对既判力等类似的设置。相反,实体法及诉讼法上的“犯罪事实”及“罪名”可随意变更。例如“最高法解释”第241条第2项明确规定,“起诉指控的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名与审理认定的罪名不一致的,应当按照审理认定的罪名作出有罪判决”。检察机关还可随意撤回起诉。“宣告判决前,人民检察院要求撤回起诉的,人民法院应当审查撤回起诉的理由,作出是否准许的裁定”(“最高法解释”第242条)。在司法实践中,基于考核压力,检察机关通常以撤回起诉的方式规避法院的无罪判决,从而事实上也规避了终局判决的既判力。此外,审判期间,人民法院发现新的事实,可能影响定罪的,还可以建议人民检察院补充或者变更起诉(“最高法

解释”第243条),而不是直接作出无罪判决。这些制度设计在世界范围内都是极其罕见的,严重侵犯了公民的基本权利,也违反了国际人权公约的相关规定。

### 3. 无罪刑事判决之于民事判决的效力不明确

依刑事诉讼法,犯罪行为涉及民事损害赔偿的,受害人可提起附带民事诉讼或者单独提起民事诉讼,这与大陆法系国家的做法基本相同。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》也确认了刑事判决之于民事判决的既判力,合议庭须在刑事判决的基础上作出民事诉讼判决,并遵循同一的事实认定。但如果刑事部分判处无罪,则刑事判决主文及理由中的事实认定是否对民事判决有既判力?对此,法律未作规定。但依既判力的一般理论,刑事判决的事实认定自然对民事判决有约束力,当事人无须就事实再举证。

### 4. 再审程序启动的任意性

与欧陆、英美国家和地区关于“一事不再理”、裁判的既判力、“禁止双重危险”等方面的理论向来十分发达,不得随意启动再审程序的观念已经成为法律界甚至整个社会的共识的情形相比,中国的刑事再审理论还较为贫乏;刑诉法教科书上常以“实事求是”、“不枉不纵”、“有错必纠”等观念,为审判监督程序设计的合理性提供解释;而“一事不再理”、“禁止双重危险”之类的基本原则,以及既判力、确定力、程序终结性等诉讼理念,尽管为一些学者所倡导,但却未能在理论上加以确立。<sup>[72]</sup>加之,“在司法过程中判决错误与判决选择有时难以决然区分,因此,有错必纠可能成为对任何一个刑事案件发动再审的正当理由”。<sup>[73]</sup>以其为指导所构建的审判监督程序便具有了启动随意和任意等弊端,主要表现为:启动主体多元(法院和检察院均可提起,当事人也可提出申请)、启动事由模糊(在认定事实上或者在适用法律上确有错误)、启动程序行政化以及权利保障弱化。这与欧陆既判力的基本理论背道而驰,后者要求已生效的终局裁判原则上不得更改,在确有错误的情况下启动再审程序亦应以“禁止不利于被告的变更”为原则。

### (三) 出路

2012年,中国刑事诉讼法进行了新一轮的重大修改,取得了丰硕的成果。但一些根本性的制度障碍的存在,或者抵消了改革成果,或者导致改革违背初衷,使得改革无法达到预期效果,难以承载刑事诉讼在中国新社会背景下的历史使命。<sup>[74]</sup>这些障碍中,就有“生效判决状态不稳”。依拙见,中国欲突破时下诉讼状态不稳、人权保护不力的窘境,应做到如下三方面:

其一,理论界应高度重视欧陆的既判力理论,并结合中国的司法实践做更系统深入的研判。时下,中国法学界有一种思潮令人担忧,即对“西方中心主义”乃至比较法方法有普遍的质疑;部分学者认为欧美背景的“洋”派人士缺乏问题意识,对中国实践存在某种程度的轻薄,导致法治理论偏离实践,由此他们主张建构中国自主的法治话语体系。<sup>[75]</sup>但

[72] 参见陈瑞华:《刑事再审程序研究》,《政法论坛》2000年第6期。

[73] 熊秋红:《错判的纠正与再审》,《环球法律评论》2006年第5期。

[74] 参见施鹏鹏:《镣铐下的艰难起舞——评中国刑事诉讼法的再修改》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2012年第1期。

[75] 比较有代表意义的,参见顾培东:《也论中国法学向何处去》,《中国法学》2009年第1期。

是,从根本上讲,没有国际化的视野,便没有所谓的“中国特色”。也正因此,所谓“中国的问题”,也是“国际的问题”,两者并没有“中”与“外”的明显界限。欧陆的既判力理论亦是如此。自罗马法以降,西方诸多诉讼法学家便对既判力理论进行过极为深刻的研究,形成了一套逻辑成熟、体系完备的制度。在此背景下,所谓“另起炉灶”、构建中国式话语体系应当建立在对西方的既判力理论进行深入研判的基础上。与英美法系相比,大陆法系主要国家和地区与中国在刑事诉讼制度上具有更高的相似性,也因此具有更大的借鉴意义。

其二,程序安定的诉讼价值观应成为刑事诉讼的核心理念。大陆法系国家和地区普遍重视“实质真实”,但并不以牺牲“程序安定”为代价。“为追求具体的妥当性,重要的是,在兼顾对裁判的预测可能性及程序安定性等要求下,尽可能因事件类型之个性、特征,就个别的场合选择适合而有助于满足其特性、需求之程序保障方式”。<sup>[76]</sup>而程序安定既包括程序规范的安定,也包括程序运作的安定,蕴涵了程序的不可逆性、程序的时限性以及程序的终结性。<sup>[77]</sup>中国刑事诉讼长期奉行“实事求是”、“有错必纠”的司法理念,几乎不受限制的纠错机制势必造成刑事追诉的恣意化以及诉讼形态的虚化。而既判力的核心要义便是维护判决的权威性和程序的稳定性,避免使当事人处于被反复追责的恐惧之中。因此,中国要确立既判力制度,必须认真对待程序安定的诉讼价值观。

其三,刑事程序改革应严格以既判力理论为背景,吸收域外先进的制度经验。具体而论:依既判力的基本理论,绝对不起诉和相对不起诉的决定应具有既判力,检察机关对同一事由不得再行提起公诉;存疑不起诉的决定不具有既判力,检察机关如果发现新的证据,可再次提起公诉;诉讼程序具有不可逆性,检察机关不得随意撤回公诉,撤回公诉即视为不起诉,不得就同一事由再次提起公诉;依诉讼客体理论,法院不得建议补充或更改公诉,更不得直接更改罪名作出判决;如果庭审时仅发现形式数罪中的部分事实,而遗漏其他潜在事实,则法院就部分事实所作之判决的效力及于全部事实;终局判决具有实质确定力和程序确定力,原则上不得更改;确有法律适用错误或事实认定错误而需启动再审程序的,应严格限定启动主体、启动时间及启动条件,且“禁止不利于被告的变更”。

### 余论：程序安定与法外因素

行文至此,笔者已对欧陆既判力的基本理论及其在中国的可能运用做了较为全面的阐释,但心中的忐忑依然,因为全文的研判立足于西方法治社会的基本前提,而未能充分考虑中国时下特定转型期的法外因素,例如“维稳”的治理政策、诉讼框架外各种复杂的权力关系、社会情势、民意诉求、行政化的考核机制等,这些因素均加剧了诉讼程序和结果的不确定性。云南李昌奎案即为此方面的典型例证。云南省高级人民法院迫于压力启动再审,改判李昌奎死刑,剥夺政治权利终身,并得到最高人民法院的核准。依既判力理论,云南省高级人民法院作出的二审判决即为终审判决,产生程序确定力和实质确定力,此后即便事实认定或适用法律有误,亦禁止不利于被告的变更。但多种法外因素迫使云南省高

[76] 邱联恭:《程序制度机能论》,台湾三民书局1996年版,第96页。

[77] 参见陈桂明、李仕春:《程序安定论——以民事诉讼为对象的分析》,《政法论坛》1999年第5期。

级人民法院自行启动再审，从而严重违背了基本的程序法理，也令所有精细的诉讼理论黯然失色。

因此，既判力的引入、程序安定价值的实现、法秩序的维护、司法权威的树立等均须以法治中国为前提。司法改革的逻辑不应简单立足于某一社会现象并寻求对策，而应回归其内在的演进规律，从技术至制度，从微观至宏观，从底层至顶层，积跬步以成千里。笔者亦深信，既判力理论及制度的引入，虽是中国刑事程序改革的一小步，但终究可能成为未来司法改革乃至法治中国建成的基石。

---

**Abstract:** The theory of criminal adjudged force in the European modern period stems from the principle of *bis de eadem re ne sit actio* in the Roman law. This theory means that the authority of *res judicata* creates a stable state in the criminal procedure, which includes the substantial certainty and the self-restraint effect to the procedural issues. The theory of criminal adjudged force occupies an important place among the European criminal procedure theories and aims to deal with the issues about the scope of validity and the procedural security. The theoretical foundations of the criminal adjudged force are composed by the procedural security, the litigation efficiency and the protection of rights. For the type of authority, the adjudged force of the final judgment could be classified into the positive authority and the negative authority, the relative authority and the absolute authority, and the subjective authority and the objective authority. The decision of exemption from prosecution is not the final judgment in the strict sense. However, it has the quasi-authority because the facts in this procedure have been fully proved, which can be considered as a final judgment. Besides, according to the criminal adjudged force, we should follow the principle of adverse alteration prohibition and restraint as far as possible the launch of the retrial procedure and the extraordinary appeal procedure. In China, the criminal procedure has been criticized since a long time for lack of procedural security, and the launch of retrial procedure has no solid standards. In practice, the judicial authorities and the interested party can trigger a retrial procedure for different reasons, such as popular indignation, appealing to the higher authorities for help, etc, disregarding the authority of *res judicata* in the criminal procedure. Therefore, it seems necessary to improve the authority of judgment and the stability of procedure by introducing the theory of adjudged force.

**Key Words:** criminal adjudged force, procedural security, type of authority, obstacle to the adjudged force, reform of the retrial procedure

---