

# 刑事再审案件适用“行为时的法律” 的反思

## 兼论最高人民法院法释〔1997〕5号 第10条的完善

周光权\*

**摘要** 最高人民法院法释〔1997〕5号第10条规定,按照审判监督程序重新审判的案件,“适用行为时的法律”。但对于新法除罪化或趋轻变动的,如果绝对禁止有利溯及可能明显不合时宜或量刑过重。为此,有必要针对新法变化的情形,类型化地建构具体运用规则,被告人不得仅以新法处罚轻缓为由从再审中获利;原来的判决明显不合理的,在特殊情况下,人民法院根据新的司法解释主动通过再审允许有利溯及既往,并不会抵触罪刑法定原则;对于所有再审时新法趋轻变动的案件,虽可适用行为时法定罪,但在量刑时考虑新法除罪化或处罚轻的取向,原则上不加重被告人的刑罚,《刑法》第63条第2款的特殊减轻制度可以作为相关的规范依据。这一意义上的“相对有利溯及论”能够平衡法的安定性和实质正义之间的紧张关系,可以防止被告人遭受多重不利,降低法院主动或轻易地启动明显不利于被告人的再审的冲动。未来应当考虑对最高人民法院法释〔1997〕5号第10条的规定作出必要修改。

**关键词** 刑事再审 法安定性 新法 再审不加刑 相对有利溯及论

\* 清华大学法学院教授。本文系国家社科基金重点项目“以‘共建共治共享’为导向的刑事政策现代化研究”(项目编号:22AFX009)的阶段性研究成果。

刑事再审(审判监督程序)<sup>〔1〕</sup>是为排除生效确定判决中的错误所设置的特殊救济程序,是“审判之外的审判”,仅在满足一定条件的情况下才允许开启这一程序。刑事再审时如果遇到新旧法律以及司法解释的定罪范围、处罚力度有差异,势必有一个选择适用的问题,从而引发实体法与程序法交叉的问题。

从实体法的角度看,其中最为突出的问题是,在《刑法》或者司法解释朝着处罚更轻的方向修改后,再审案件能否适用新法?例如,《刑法修正案(九)》对贪污罪、受贿罪的量刑标准进行了修改,最高人民法院、最高人民检察院的相关司法解释大幅度提高了这两个犯罪的量刑标准,处罚比之前更为轻缓,在此背景下,人民法院再审的贪污贿赂案件,是否能够适用新的立法规定和司法解释?从程序法的角度看,当案件再审跨越新、旧法律或司法解释,且在再审时的“新法”(包括《刑法》及司法解释)更加轻缓化的背景下,如果将新的法律或司法解释适用于再审案件,使新法发生溯及既往效力,这一思考方向和再审案件的本质是否有抵触?处理再审时新旧法律的关系与作为既判力例外的再审程序中的禁止不利变更原则之间存在何种关联?上述问题,都很值得仔细研究。

## 一、刑事再审的法律适用现状:并不统一的司法立场

### (一)司法实务的基本取向

刑事再审的法律适用,在实务人员看来,也许是一个已经解决的问题。因为《最高人民法院关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》(以下简称“最高人民法院法释〔1997〕5号”)第10条明确规定,按照审判监督程序重新审判的案件,适用行为时的法律;《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》(高检发释字〔2001〕5号)第4条规定,对于在司法解释施行前已办结的案件,按照当时的法律和司法解释,认定事实和适用法律没有错误的,不再变动。但是,如何理解这里的“行为时的法律”(以下简称“行为时法”)?一概禁止再审裁判时新的法律及司法解释(以下简称“新法”)有利溯及的态度是否合理?再审案件尤其是拟改判的案件是不是属于典型的“已办结”的案件?退一步讲,当新法更有利于被告人时,审判监督程序在适用行为时法的前提下,能否斟酌新法的基本取向,从而在量刑上做有利于被告人的考虑?再审一律适用行为时法的立场是否与罪刑法定原则相抵触,还可能引发哪些关联问题,如此等等,不一而足,以往的研究都很有有限。

前面的讨论可能还相对比较空泛,没有突出问题的复杂性。对此,结合实务中的“郑某受贿再审案”或许就看得更为清楚。

被告人郑某在担任四川省简阳市教育局副局长的1999至2001年间,利用其职务便利,在参与征订简阳市中、小学教辅资料过程中,伙同原简阳市教育局主持工作的副局长肖某(后因

〔1〕 根据《刑事诉讼法》的相关规定,按照审判监督程序审理的案件,包括当事人一方提出申诉的再审案件、人民检察院抗诉的再审案件和人民法院决定再审的案件等类型。根据讨论的需要,本文多数时候使用“再审”这一概念,其他必要场合使用“审判监督程序”概念。

本案被判处有期徒刑11年)先后6次从四川省教育书刊发行社总经理陈某等人处领得回扣款35万元,被告人肖某、郑某各分得17.5万元。简阳市人民法院2003年3月24日认定郑某有自首、立功、从犯情节,以受贿罪判处其有期徒刑3年,缓刑4年。2004年2月16日,资阳市中级人民法院指令简阳市人民法院再审,2004年4月8日简阳市人民法院以“郑某下落不明”为由中止审理。事隔14年后的2018年6月21日,经简阳市人民法院决定,郑某被执行逮捕,本案再审案件恢复审理。后本案移送至四川省成都市金牛区人民法院进行审理。2019年11月4日成都市金牛区人民法院判决被告人郑某构成受贿罪,否定其自首、立功、从犯情节,判处其有期徒刑10年,被告人郑某不服,提起上诉,2020年4月10日四川省成都市中级人民法院二审裁定驳回上诉、维持原判。<sup>〔2〕</sup>在本案中,被告人郑某与肖某共同受贿数额35万元且各分得17.5万元,如果适用行为时的法律(1997年《刑法》第385条)及相关司法解释,其对应的法定刑是10年以上有期徒刑。如果根据《刑法修正案(九)》第44条关于受贿罪定罪处罚的新规定和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2016〕9号)的规定,其对应的刑期是3年以上10年以下有期徒刑。与行为时法相比,新法的处罚明显较轻,量刑结论差别巨大。本案在再审程序中该如何适用法律及司法解释?

本案作为再审案件,提出了许多在刑法理论上值得讨论的共性问题:①再审案件的性质究竟是什么,其属于未决案件还是已决案件?②对于再审案件,究竟应该适用“行为时法”还是“(再审)裁判时法”?对于本案,再审法院并未采纳郑某及辩护人提出的本案应适用“从旧兼从轻”原则的上诉理由及辩护意见,理由是最高人民法院法释〔1997〕5号第10条明确规定了按照审判监督程序重新审判的案件,适用行为时的法律,故本案适用行为时法即1997年《刑法》符合法律规定。但该裁判结论是否还有进一步探讨的空间?最高人民法院对再审案件一律适用行为时法的立场,在其他类型的再审案件中是否得到彻底贯彻?③再审案件的量刑需要考虑哪些因素?在新法处罚明显更轻的情况下,是否应考虑对再审被告的有利溯及,适用处罚较轻的法律及司法解释对被告人定罪量刑?如果绝对地有利溯及不具有合理性,一概禁止又对被告人过于严苛,能否缓和地进行“相对有利溯及”?这些问题的讨论对于贯彻罪刑法定原则,确立正确的再审理念,都具有重要意义。

需要指出的是,本文的讨论从“郑某受贿再审案”出发,但其“射程”绝不局限于个案,与此类似的问题还有很多。例如,新的司法解释大幅度提高职务侵占罪的定罪起点;又如,《刑法修正案(十一)》对非法吸收公众存款罪、挪用资金罪等规定被告人在提起公诉前积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚;再如,逃税罪、虚报注册资本罪、骗取贷款罪中都存在按照新法可能无罪的问题。在上述诸多情形下,启动再审时,如果新法比行为时法处罚轻甚至“除罪化”的,一律适用行为时法处理问题显得过于机械化。同时,再审问题在我国有其特殊性,即从程序法的角度看,启动再审相对容易,禁止不利变更原则没有得到坚守,再加上在实体法上对罪犯的量刑总体偏重,再审改变罪名、加重刑期的情形占比很高。在这种背景下,如果

〔2〕 参见四川省成都市金牛区人民法院(2018)川0106刑再2号刑事判决书;四川省成都市中级人民法院(2019)川01刑再2号刑事裁定书。

遇到《刑法》或司法解释趋轻变动的情形,一概适用行为时的重法是否合适,就值得认真思考。

## (二)司法实务的基本逻辑

实务中,即便没有最高人民法院的前述司法解释规定,对再审案件,审判人员也会倾向于将其看作是“过去的”案件,主动选择适用行为时的法律,这似乎是一个不可动摇的“铁则”。其主要理由是:①重视《刑法》第12条的但书规定。该条第1款规定了从旧兼从轻原则;第2款“本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效”属于但书规定。因此,仅对未生效的判决,适用《刑法》第12条第1款所规定的从旧兼从轻原则;审判监督程序评价的是一个已生效判决的定罪量刑,对这类案件的审理根据《刑法》第12条第2款的规定适用行为时法律。②司法效果的考量。审判监督程序作为普通程序的补充,目的是以特殊诉讼手段保证裁判准确无误。对某一共同犯罪人进行再审时,如果按照从旧兼从轻原则判决,对再审被告人判刑过轻,会造成严重的同案不同判,既放纵了再审罪犯,也会使其他之前被判刑的共犯感到不公平,难以得到社会认同。③判决生效后就具有法定的既判力,除非这份判决书被其后的另一份生效判决所撤销。同时,根据《刑事诉讼法》及相关司法解释的规定,刑事案件再审期间不停止原判决的执行,故在再审判决作出前,原生效判决的效力并没有改变。④如果对再审案件适用“(再审)裁判时法”,一旦遇到新法处罚轻,就可能出现“申诉潮”,之前被判有罪的人都会以新的法律或司法解释规定的处罚措施变得轻缓为由申请再审,从而增加法院的负担,并由此造成一些不合理现象。〔3〕

如此思考,有一个前提:再审案件是已决案件,其符合《刑法》第12条第2款的规定。《最高人民检察院关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》(高检发释字〔1997〕4号)第1条规定,对发生在1997年9月30日以前,1997年10月1日后尚未处理或者正在处理的行为,如果当时的法律、司法解释认为是犯罪,修订刑法不认为是犯罪的,依法不再追究刑事责任。已经立案、侦查的,撤销案件;已批准逮捕的,撤销批准逮捕决定,并建议公安机关撤销案件;审查起诉的,作出不起诉决定;已经起诉的,建议人民法院退回案件,予以撤销;已经抗诉的,撤回抗诉。《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》第4条规定,对于在司法解释施行前“已办结”的案件,按照当时的法律和司法解释,认定事实和适用法律没有错误的,不再变动。这些规定似乎都说明,再审案件是铁板钉钉的“已决案件”,因此,对其只能适用行为时法律。但是,既然是已决案件,为什么还需要再审?对之前的判决提出质疑的程序究竟有什么效果?原审判决是不是“依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效”?不回答这些问题,对再审案件的法律适用问题的思考就不可能是全面的。

## (三)适用新法的特例:涉枪、涉爆案件的新司法解释允许有利溯及

事实上,再审案件适用行为时法的立场在实务中也并未彻底被贯彻。例如,根据2003年1月15日《最高人民法院关于处理涉枪、涉爆申诉案件有关问题的通知》(法〔2003〕8号),《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法

〔3〕 参见苏云:“审判监督程序审理案件应适用行为时法律”,载《检察日报》2019年6月4日,第3版。

释〔2001〕15号,以下简称《解释》)〔4〕公布后,人民法院经审理并已作出生效裁判的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件,当事人依法提出申诉,经审查认为生效裁判不符合《最高人民法院对执行〈关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉有关问题的通知》(法〔2001〕129号,已失效,以下简称《通知》)〔5〕规定的,人民法院可以根据案件的具体情况,按照审判监督程序重新审理,并依照《通知》规定的精神予以改判。

这意味着对过去已经作出生效判决的案件,可以适用新的对被告人有利的司法解释,对被告人作出无罪判决。因为《通知》明确指出,《解释》公布施行后,地方各级人民法院陆续审理了一批非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等案件,对于推动“治爆缉枪”专项斗争的深入进行,维护社会治安秩序,发挥了积极作用。鉴于此类案件的社会影响较大,为准确适用法律,依法严厉打击涉枪涉爆犯罪活动,现就审理这类案件适用《解释》的有关问题通知如下:①对于《解释》施行前,行为人因生产、生活所需非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物没有造成严重社会危害,经教育确有悔改表现的,可以依照《刑法》第13条的规定,不作为犯罪处理。②对于《解释》施行后发生的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等行为,构成犯罪的,依照《刑法》和《解释》的有关规定定罪处罚。行为人确因生产、生活所需而非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物,没有造成严重社会危害,经教育确有悔改表现的,可依法免除或者从轻处罚。而上述关于再审案件中新的司法解释允许有利溯及的《通知》中所体现的从轻处罚相关涉枪等犯罪的精神,被2009年《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条所吸纳,即因筑路、建房、打井、整修宅基地和土地等正常生产、生活需要,以及因从事合法的生产经营活动而非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物,数量达到本解释第1条规定标准,没有造成严重社会危害,并确有悔改表现的,可依法从轻处罚;情节轻微的,可以免除处罚。由此避免了对非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等行为刑事处罚范围过大的弊端。《最高人民法院关于处理涉枪、涉爆申诉案件有关问题的通知》这一司法解释及随后地方法院对非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件再审宣告无罪的相关司法活动说明,根据原来的法律或司法解释所作的生效判决,在再审时,可以按照新的司法解释作出变动,从而使得新法有利溯及被告人,以平衡法安定性和实质正义之间的紧张关系。

## 二、围绕再审案件性质及法律适用的争议

### (一)再审的性质与效果

适用行为时法的根据是《刑法》第12条第2款的规定。前述《关于适用刑事司法解释时间

〔4〕 该《解释》已被修改为《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕18号)。

〔5〕 该《通知》的精神因被2009年11月16日的司法解释所吸纳而被废止。

效力问题的规定》第4条似乎也是以此为据,强调已办结的案件一般不再变动。但是,审判监督程序启动后所面对的原审判决能否“继续有效”,是否属于“已办结的案件”,能否“不再变动”,并非没有疑问。有的学者对此持肯定意见,因为《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》(法释〔2021〕1号,以下简称《刑诉法解释》)第464条规定,再审期间不停止原判决、裁定的执行。换言之,原生效裁判在被撤销之前都是有效的,启动再审程序不等于推翻原生效裁判。不过,从《刑诉法解释》第464条的但书规定即“被告人可能经再审改判无罪,或者可能经再审减轻原判刑罚而致刑期届满的,可以决定中止原判决、裁定的执行,必要时,可以对被告人采取取保候审、监视居住措施”的表述中,似乎也可以解读出再审案件的既判力存在疑问。再审程序一旦开启,原审裁判不能作为一般的生效判决看待,其效力已经处于不确定状态,此时便不存在所谓的既判力的神圣性问题,<sup>〔6〕</sup>再审案件也就不同于已决案件。<sup>〔7〕</sup>

对此,本文认为,再审极有可能会破坏原裁判的稳定性这一点是无法否认的,从前述《刑诉法解释》第464条的但书规定来看,明显表达了对原判决事实认定和法律适用的疑虑,很难将再审案件一概视为已决案件。更何况在我国刑事司法实务中,必须在原裁判确有错误时才启动再审。换言之,刑事审判监督程序是法院对已经发生法律效力判决和裁定,因发现确有错误而重新进行审理的程序,是一种特殊的具有纠错功能的司法救济程序。该程序发生的前提是“过去已经生效”的刑事判决、裁定在认定事实和适用法律上确有错误,其设立目的在于对错误判决、裁定进行救济,纠错功能是刑事审判监督程序的首要功能。换言之,启动刑事审判监督程序予以改判的案件应当认定为事实或法律方面确有错误,即原审裁判的既判力因为审判监督判决的生效而丧失。所以,对于再审案件的性质,毋宁说应当界定为曾经被决定过,但其效力有待通过再审最终确定的情形,其介于未决案件和效力绝对确定的已决案件之间,属于“类已决”案件。一旦启动再审,原审裁判的效力就存疑,《刑法》第12条第2款的规定,也就难以适用于再审拟改判的案件,因为这些拟改判案件中的原审判决不可能再“继续有效”。

如此理解再审案件的性质,也符合法理。对于再审的意义,不能仅仅从国家司法机关启动审判监督程序追究犯罪或者加重处罚的视角切入。刑事裁判是国家对被告人的生命、自由、权利、财产依法所作的处分,关系到当事人的切身利益。权力使用不当,势必会对当事人的权利造成侵害。作为特殊救济措施,刑事审判监督程序仍然蕴含着人权保障功能。一方面,通过启动刑事审判监督程序依法减轻甚至免除被告人的刑事责任,无疑从积极层面保障了被告人的正当权益;另一方面,通过该程序宣告撤销原审判决,也可能会从消极层面保障被告人的正当权益。对于通过再审,认为事实认定和法律适用并无错误,罪名和刑期都不再改动的案件,认为原审判决属于《刑法》第12条第2款“继续有效”的情形,当然讲得通。但是,对于有改变犯

〔6〕 参见林维、王明达:“论从旧兼从轻原则的适用——以晚近司法解释为中心”,《法商研究》2001年第1期,第114页。

〔7〕 参见李富友:《刑法效力问题研究》,光明日报出版社2012年版,第175页。

罪构成要件的新事实和证据,再审将要否定原审判决的情形,等于要做一个新的判决来否定之前的判决,自然就谈不上“依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效”。此时,继续按照行为时法开展再审工作,不适用新的法律或司法解释,其正当性存疑。尤其应考虑到,再审程序所审理的案件,虽是过去已处理过的案件,但由于我国检察机关针对判刑过重提起抗诉属于例外情形,抗诉的常态是要求法院对原审判刑较轻的案件予以改判进而加刑;审判机关不想改判的案件,其基本也不会主动去启动再审,因此,可以认为再审案件多数为拟改判案件,不再可能属于“生效判决继续有效”的案件,至多是效力待定的案件。对于这类案件不能按照《刑法》第12条第2款的逻辑一概适用行为时法,在符合某些特殊条件(如《刑法》或司法解释趋轻修改)时,允许新法有限地有利溯及,是值得探讨的思考方向。

事实上,实务中对再审的性质及效果存在争议。例如,前罪原判决被再审改判加重刑罚,执行期间又犯罪的,是否构成累犯,对此的判断就与对再审案件性质的认定有关,这里结合“石加某盗窃案”进行分析。

被告人石加某(冒名石启某)单独及伙同他人入户盗窃财物,价值共计人民币23600余元。江苏省江阴市人民法院于2007年9月作出了(2007)澄刑初字第849号刑事判决,以盗窃罪判处石启某有期徒刑4年6个月(刑期自2007年5月6日起至2011年11月5日止)。经减刑,罪犯石启某于2010年4月20日刑满释放。2014年7月,江苏省海门市人民检察院在审查海门市公安局移送审查起诉的犯罪嫌疑人龙杨某、龙洛某、石启某涉嫌盗窃罪时发现,2007年被江苏省江阴市人民法院判刑的“石启某”非真实的石启某,系他人冒名顶替。经审查,(2007)澄刑初字第849号刑事判决中的石启某的真实身份为石加某。江苏省江阴市人民法院于2014年11月6日作出(2014)澄刑再初字第5号刑事判决书:撤销本院(2007)澄刑初字第849号刑事判决;被告人石加某犯盗窃罪,判处有期徒刑5年。被告人石加某中间又有新的犯罪事实,即2014年2月至3月间,其多次伙同龙玉某(已判刑)至江阴市云亭街道等地入户盗窃,窃得财物价值共计人民币9800余元。江阴市人民检察院指控被告人石加某犯盗窃罪,且系累犯。

对于本案,江苏省江阴市人民法院经审理认为:被告人石加某的行为已构成盗窃罪,其在判决宣告以后,刑罚执行完毕以前又犯罪,应当对新犯的罪作出判决,把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚,依照《刑法》第69条的规定,决定执行的刑罚。被告人石加某归案后如实供述自己的罪行,当庭自愿认罪,部分损失已挽回,依法予以从轻处罚。公诉机关指控被告人石加某犯盗窃罪的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名正确,予以采纳,但认定被告人石加某系累犯不当,本院予以纠正。据此,判决被告人石加某犯盗窃罪,判处有期徒刑1年;与前罪尚未执行完毕的有期徒刑2年15天并罚,决定执行有期徒刑2年3个月。<sup>〔8〕</sup>

本案原审判决虽已执行完毕,但因被告人原因导致使用法律错误、量刑不当,原审法院在审判后罪过程中启动审判监督程序,撤销原审判决后加重了被告人的刑罚,那么,原审判决刑罚执行完毕后又依法撤销的情形是否属于《刑法》第65条规定的“刑罚执行完毕”

〔8〕 参见江苏省江阴市人民法院(2014)澄刑初字第1259号刑事判决书。

情形？

本案中法院的立场为：首先，刑事审判监督程序的纠错功能定位决定了原审判决执行完毕的影响应当予以消灭。被告人前罪的判决虽然已经实际执行完毕，但鉴于前罪执行的基础——原审刑事判决已经被撤销，事实上的执行完毕不能等同于法律规定中的刑罚执行完毕。以审判监督程序重新作出的评价使得原判决的既判力已不复存在，原判决也不再属于《刑法》第12条第2款所规定的“生效判决”。因此，被告人在原审判决已被依法撤销的情况下，不应认定为刑法意义上的刑罚执行完毕。其次，对再审判决取代原审判决的效力这一点必须认可，原审判决执行完毕的影响也应当予以消除。例如，被告人被定罪处刑后，经过刑事审判监督程序最终改判被告人无罪，但5年内被告人实施犯罪行为，依法应当判处有期徒刑以上刑罚的，从权利保障和公平正义角度而言，此种情形显然不能认定被告人构成累犯，该解释结论也符合刑事审判监督程序的法律属性，即被纠正的原审判决不应再产生影响。本案中的前罪判决已被依法撤销，即再审后加重处罚明确否定原审判决被撤销的事实，被告人的前罪判决等同于消灭，不存在法律意义上刑罚执行完毕的可能性。最后，从前罪两次判决的执行情况而言，原审判决已经执行完毕，但对被告人所再犯新罪进行审理时所面对的（再审）判决中加重被告人刑罚的部分尚未执行完毕，其不属于刑罚执行完毕的情形，应当继续执行剩下的刑期。因此，被告人的本次犯罪行为实施于前罪尚未执行完毕的期间内，不符合累犯构成的时间要件，不应认定为累犯。<sup>〔9〕</sup>

对此，如果肯定原审判决的效力，则会提出疑问：法院在认定累犯时，是否机械理解“刑罚尚未执行完毕”的含义，使得冒用他人名义犯罪的被告人比没有这一情节的被告人得利，即在危害更严重的情形下反而不是累犯？原判决是否执行完毕，是一个事实判断，新的再审判决确定对被告人加刑，但仅涉及被告人隐瞒其真实姓名这一事实，没有否定原判决所认定的事实，因此，不能因为再审的存在就否定原判刑罚执行完毕。指控被告人构成累犯的公诉机关就持此见解。如果单纯从事实上看，这一质疑言之成理。但是，累犯概念不是一个纯事实的概念，具有法律评价意义，将何种犯罪人评价为累犯，取决于立法选择和司法判断。累犯，指的是被判刑之后，在刑罚执行完毕后的一定期限内重新犯罪的事实存在。本案中，如果没有再审的存在，原判刑罚确实已执行完毕，但再审从法律上否定了最早的那个判决的效果，针对被告人所犯新罪而言的原判刑罚只能是指再审判决所确定的刑期，就法律评价而言，应当认为该对应的刑期尚未执行完毕，因此累犯不成立。本文赞成法院的观点，理由在于：在审判监督程序中，再审判决取代了原审判决，在原审判决执行完毕，但再审判决所确定的刑期尚未执行完毕的情形下，就认为对被告人的刑罚已执行完毕，突破了《刑法》第65条规定的“刑罚执行完毕”的文义范围，有违反罪刑法定原则之嫌；被告人因为隐瞒其姓名已经被再审加刑，再将这一事实作为累犯成立的情节考虑，存在重复评价的疑问。因此，本案提出了一个关键问题，即再审的启动使得原判决的效力不确定；再审判决的作出使得原判决的内容被改变。

〔9〕 参见国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院2016年度案例：刑法总则案例》，中国法制出版社2016年版，第140页。

## (二) 再审案件适用行为时法大体具有合理性

前述最高人民法院司法解释规定,再审案件适用行为时法的规定,总体上想维持法的安定性,在很大程度上具有合理性。

首先,大量再审案件所面对的行为时法和新法并无差异,适用行为时法还是新法并无差异。

其次,再审案件,毕竟是司法机关处理过的案件,根据当时有效的法律作出了决断,再审时确实需要顾及当时的态度,否则,会造成处罚不平衡的局面。例如,我国1979年《刑法》规定了投机倒把罪,假如被告人甲在1996年被认定为投机倒把罪,其犯罪事实一共有5起,判处有期徒刑10年,2001年因为发现新的证据,被告人的犯罪事实增加了2起,对其进行再审,如果适用新的法律即1997年修订后的《刑法》,被告人就很可能无罪。因此,不能从根本上否定再审案件适用行为时法的合理性,否则在法律趋轻修改或除罪化的场合,再审时犯罪事实增加的被告人可能通过再审程序“得利”,再审后极有可能比原审判决时犯下相同事实的被告人处刑更轻。对于这里的再审被告人甲,不能简单地按照未决案件适用从旧兼从轻原则进行有利溯及,如果一定要启动再审,按照行为时的法律作出的有罪判决继续有效;即便再审后犯罪事实的起数减少,也不宜因为新的法律有变化而无罪(但对甲如何量刑,确实值得研究,后文会有进一步分析)。国外对新法除罪化的再审处理方式是按行为时法定罪,但剩余刑罚不再实际执行。我国并无此类规定,但在适用行为时法的前提下如何量刑,将适用行为时法的强硬态度适度缓和,是需要考虑的问题。

再次,趋重修改的立法也是存在的(如侵犯知识产权罪的修改是朝着趋重的方向进行的,非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪的处罚都比以前更重),对再审案件适用行为时法,也是在作对被告人有利的考虑。

最后,适用行为时法的最基本考虑是,仅仅以新的法律或司法解释处罚轻而申请再审的,或者再审程序系根据被告人申诉启动且仅涉及法律适用问题的,确实应当“适用行为时的法律”,防止被告人单纯以法律变更为由提起再审,避免出现“申诉潮”。例如,被告人2016年3月未经批准擅自销售瘦脸针,经药品监督管理部门鉴定,上述药品未获得进口药品注册证书,认定该药品“应按假药论处”,这一鉴定所依据的是当时有效的《药品管理法》第48条第3款第2项的有关规定。一、二审法院据此认定被告人构成销售假药罪。在法院对本案作出二审判决之后,“应按假药论处”条款被2019年12月1日起施行的《药品管理法》第98条所废止。根据新的规定,已经服刑的被告人认为,本案当中认定涉案针剂以假药论处的法律依据已经不再有效,故法院认定其构成销售假药的证据不足,其不构成销售假药罪。但本案属于已决案件,被告人不能以审判时尚未生效的新《药品管理法》作为申诉并借以启动审判监督程序的理由。

从被告人这一侧面讲,对尚未生效的新法变更的“预期利益”不属于新法有利溯及原则所要保护的范畴,这一点在国外的判决中也是如此认为。2016年,英国最高法院在R. v. Do-

cherty 案(以下简称“Docherty 案”)<sup>〔10〕</sup>的裁决中对有利追溯原则的内涵及其适用范围有较明确的表态。Docherty 案的前情是被告人在 2012 年 11 月 13 日被判犯有两项意图造成严重身体伤害的犯罪,并于 2012 年 12 月 20 日被判处“为保护公众而判处监禁的刑罚”(imprisonment for public protection,需至少服监禁刑 5 年 4 个月)。在此期间,于 2012 年 11 月 17 日出台的《〈2012 年法律援助、量刑和罪犯惩罚法〉第四号生效令及其保留条款》[The Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 (Commencement No. 4 and Savings Provisions) Order 2012 (SI 2012/2906)]规定《2012 年法律援助、量刑和罪犯惩罚法》(Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012)将于同年 12 月 3 日生效,而任何该法生效前被定罪并符合判刑条件者仍可被判入狱。该被告于 2014 年提起上诉后被驳回,随后英国最高法院于 2016 年再次受理其上诉。在 2016 年的上诉中,上诉人认为应对其适用于 2012 年 12 月 3 日起生效的《2012 年法律援助、量刑和罪犯惩罚法》,原因在于:①该法第 123 条废除了为保护公众而判处监禁的刑罚而对被告更为轻缓,适用新法符合有利追溯原则;②该法废除为保护公众而判处监禁的刑罚,目的在于将此种量刑方案从量刑程序的“武器库”中移除,因此在任何程度上保留旧法的过渡性条款均超出了其授权范围,违背了修法意图;③对该法生效前后被定罪的不同被告人适用新旧两种量刑法规,将构成不合法的歧视性对待,违反了《欧洲人权公约》第 5、14 条。

对前述上诉理由,英国最高法院在裁判理由中回应如下:①尽管有利追溯原则是英国法律所承认的普通法惯例,但对于根据其定罪时有有效的量刑制度被判刑的上诉人来说,不适用有利追溯原则并无不公正之处;②生效令中的过渡条款并未超越权限(not *ultra vires*),此种过渡性安排在一项法规自公布到正式生效的过程中并无不合理之处;③基于定罪日期对被告人区别对待是量刑制度改革中固有且不可消除的现象,这种区别对待不构成歧视。因此,最高法院裁定驳回上诉。从 Docherty 案中,可以归纳出以下两点:一方面,英国法认同从旧兼从轻原则;另一方面,有利追溯原则亦不适用于定罪、量刑均已结束的已决案件,英国法不认为在新法生效前已被定罪者可以预支其定罪时尚未生效的新法所可能对其造成的量刑利益,即被告人不能在法律变动时单纯就有利于其自身的刑罚适用提起再审申请。换言之,即便是那些受法律修订影响而对有利变更充满期待的被告人,也很难想象其能够通过再审获得相应利益。

### (三)对再审案件适用行为时法的做法应当予以缓和

各国刑事再审中允许对被告人不利变更者较少且条件严格,而我国刑事程序的基本理念是追求实体真实,至今未建立起成熟的既判力理论,司法人员也没有接受禁止不利变更的逻辑,导致法的安定性不时被动摇。在《刑法修正案(九)》对贪污罪、受贿罪处罚更轻的背景下,仍然提起不利于被告人的再审并适用行为时法,其症结在于对生效裁判权威性、稳定性的忽视,导致被告人至少面临两重“不利”:一方面,在服刑过程中,检察机关或人民法院随时可以依职权启动对被告人不利的再审;另一方面,由于我国刑法学理和制度中将溯及力明确定义为对

〔10〕 See R. v. Docherty (Appellant) [2016] UKSC 62.

未决案件的效力,哪怕存在刑法修改的处罚轻缓化规定,新法效力也不能及于再审被告人,其依更为严酷的行为时法而面临不利变更。

为此,应当提倡对符合一定条件的再审案件,不宜强硬地一概适用行为时法,完全不顾及再审时对被告人有利的新法,而应当予以缓和,顾及新法的态度,降低适用行为时法的处罚效果;甚至允许再审时的轻法有利溯及之例外,主要理由是:

首先,必须承认“再审前”和“再审拟改判”的意义并不相同。不可否认,判决生效以后就具有既判力;同时,刑事案件再审期间(原则上)不停止原判决的执行。但是,这都是针对原判决的效力得以继续维持的“再审前”而言的。按照我国《刑事诉讼法》及有关司法解释的规定,当事人及其法定代理人、近亲属的申诉,或者人民检察院提起抗诉,符合下列条件之一的,人民法院应当重新审判:①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;②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;③原判决、裁定适用法律确有错误的;④违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的;⑤审判人员在审理该案件的时候,有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。上述规定说明,在我国,刑事再审的启动条件是实质性的,再审改判的可能性极高。如果再审后准备改判,等于“再审过程”结束,之后法院要作出新的判决来“覆盖”原来的生效判决,此时再认为原审判决一直“有效”就很难具有说服力。因此,需要区分“再审前”和“再审拟改判”的含义。在再审程序进入要作出新判决的那一“特定时刻”起,就有一个原判决失效:如果再审之前的生效判决被新判决所撤销并改变,当然要顾及新法的效力;再审之后即便要维持原判,也说明原判不再有效,此时也就立即会在法理上产生一个需要考虑行为时法和再审时的新法孰轻孰重的问题。

从形式上看,审判监督程序评价的是一个已生效判决的定罪量刑是否合理的问题。但是,从实质上看,启动再审就是把案件当成一个全新的案件来审理,原判决至少处于一种“效力待定状态”,需要再审法院重新作出撤销原判还是维持原判的决定(而且通常表现为撤销原判并予以改判)。如果新法律或司法解释立场有变化的,就需要站在事后去评价“过去”判决的定罪量刑是否合理,此时确实会产生从旧兼从轻原则的适用问题,所以未必绝对要用行为时法的“尺子”去衡量再审案件。

其次,有关法律及司法解释是否能够对再审绝对适用行为时法提供足够支撑是一个疑问。《刑法》第12条第1款关于从旧兼从轻的原则是否绝对不适用于再审案件,本身就是值得讨论的。按照司法实务的逻辑,再审案件是已决案件,只能适用《刑法》第12条的但书规定。但是,按照罪刑法定原则的真义,对再审案件适用从旧兼从轻原则也完全是可能的。其实,关于刑法的时间效力问题,“轻罚优先”应该是一个司法应遵循的基本原则,如果法律在犯罪行为之后被修改,就应当适用更为轻缓的法律,这一点即便在再审案件中也无例外。对此,学者明确指出:“处于‘轻罚优先原则’保护领域核心的乃是这样一种考虑:究竟适用哪一个法律,不能取决于

具有偶然性的进行裁判的时点；由此也就可以防止对刑事追究的滥用。”〔11〕

再审案件适用行为时法的结论不能从《刑法》第12条第2款的规定中引申出来。《刑法》第12条第2款规定生效判决，继续有效，其中的“生效判决”是指其效力必须继续维持的情形。如果某一“按照当时的法律”作出的判决，对其效力司法机关并不想继续维持，当然就不能认为其“继续有效”。所以，按照行为时法继续发挥作用的判决一定是不再变动的判决，其与再审的情形并不相同。新法的溯及力不仅及于实施前未经审判或判决尚未确定的案件，而且及于再审拟改判的情形。

此外，前述《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》第4条规定也不是必须适用行为时法的理由。该条强调“对于在司法解释施行前已办结的案件，按照当时的法律和司法解释，认定事实和适用法律没有错误的，不再变动”。对此进行反对解释能够得出的结论是，在司法解释施行前已办结的案件，按照当时的法律和司法解释，认定事实和适用法律确有错误的，可以变动。因此，这一规定并不绝对排斥适用新的司法解释。按照这一规定的精神，2016年《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》与之前的立法及司法解释相比，大幅度提高了受贿罪的数额认定标准，在再审时适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利，此时就应该适用新的司法解释。尤其是原来的判决明显不合理的，在特殊情况下，人民法院根据新的司法解释主动通过审判监督程序实行绝对的有利溯及，把再审案件看作是全新的案件，适用对被告人有利的新的法律，也并不会抵触罪刑法定原则。

还值得注意的是，1997年《最高人民法院关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》第1条规定，对发生在1997年9月30日以前的行为，如果当时的法律、司法解释认为是犯罪，修订刑法不认为是犯罪，已经抗诉的，撤回抗诉。这里的“已经抗诉的，撤回抗诉”已经表明，一旦法律有变化，对于已经判决的案件，司法也必须有所反应，撤回抗诉就是一种具体表现。那么，为什么在没有撤回抗诉的案件中完全不考虑法律的态度已有变化这一点？对此的合理回答就应该是：对于再审的案件，也要顾及法律的趋轻变化态势，而不能僵硬地适用行为时法。

再次，对再审案件一律适用“行为时法”会带来实质不公正，为此需要平衡法的静态安定性和动态实质正义之间的关系，尤其对于因司法机关的原因而导致再审且新法对被告人有利的，如果完全不考虑新法的基本态度，就明显不合理。例如，被告人甲于1995年被以投机倒把罪判处有期徒刑8年，2001年法院发现原审判决认定的5起事实中有3起缺乏证据支撑而决定再审，此时，最理想的状态是直接适用新法宣告被告人无罪。但考虑到实务上做不到这一点，也可以考虑适用行为时法对有证据证明的两起投机倒把事实定罪，但在量刑时考虑1997年《刑法》的（除罪化）倾向，对被告人处以极轻的刑罚，在程序上通过特殊减轻来解决（对此，后文还会讨论）。再比如，被告人乙于2011年因两起受贿事实被判刑，但后来发现其中一起事实指控错误，2018年再审时如果还适用“行为时法”量刑，也不太妥当，对于乙犯罪的再审这种情

〔11〕（德）托马斯·M. J. 默勒斯：《法学方法论》（第4版），杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第342页。

形,《刑法修正案(九)》和2016年《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的量刑部分就应该具有一定程度的溯及力。

有人可能提出质疑:如果再审时出现对被告人明显不利的新事实和证据(如甲在2015年被判贪污罪,因原审的错误少认定了犯罪次数、犯罪金额)的,适用新法岂不是让被告人捡便宜?对此,仍然有必要对行为时法予以缓和,因为案件再审时国家法律或司法解释的立场恰好有变化,处罚变得更为轻缓这一现实是不可否认的;被告人的行为虽然被误判,但其在犯罪发生后的数年间承受了自然惩罚,这一点也是客观存在的(“痛苦代刑说”),<sup>[12]</sup>即便对罪犯适用行为时法,量刑时适度考虑新法的态度,也是刑法人道主义和罪刑法定原则的题中之义。

最后,基于对再审案件适用“裁判时法”就可能会带来“申诉潮”的担忧而主张一律适用“行为时法”的说法,是“倒果为因”,在逻辑上讲不通。启动再审程序有很多限制条件,不可能出现动辄就启动再审的情况,被告人仅以法律或司法解释变动为由申请再审的,启动再审并无合理的理由,司法机关对此原本就可以予以驳回,原判决就一直有效,从被告人一方单纯想以法律有变动而推动再审的可能性并不存在。因此,对再审案件适用新法就会带来“申诉潮”的担心完全是多余的。

### 三、新法“相对有利溯及论”的具体展开

#### (一)新法“相对有利溯及论”的含义

再审案件究竟应该适用行为时法还是再审裁判时的新法,实质是如何平衡法的静态安定性和动态实质正义之间的关系。其实,为防止司法机关随意启动再审,避免再审结论对被告人过于不利,在法律变更的情形下,最为理想的路径是把再审案件与一审案件同等看待,一概得出对被告人有利的结论。例如,对行为时具有犯罪性,再审时被除罪化的行为(如我国1979年《刑法》中的投机倒把罪),启动再审后应该按照再审时的法律作出无罪判决;骗取贷款罪的构成要件有修改,再审时不再适用旧的法律,被告人再审一概无罪也是可能的。而对于再审时的法律或司法解释处罚更轻,直接适用新的法律或司法解释进行处罚,这是绝对的法律的有利溯及,有的国家立法就持这种立场。例如,《西班牙刑法典》第2条第2款规定:“即使已经最后宣判、罪犯已经服刑,有利于罪犯的刑法条款仍具有溯及力。确定最有利的法律时,应听从罪犯的意见。”<sup>[13]</sup>由该规定可以看出,西班牙刑法对行为人有利的新法(不论是除罪化还是处罚轻缓化规定),均可溯及已生效判决,审判监督程序作出的判决一律适用新法而非行为时法,处罚轻缓化的新法绝对有利地溯及既往后,对特定个案中的刑罚决定产生影响,对刑事案件的重新审查当然不会使被追诉人陷于更加不利的境地。因此,不能认为(像我国司法实务那样)绝对禁止新法在再审案件中有利溯及的做法,是理所当然的唯一方案。

[12] 这也是刑法追诉时效制度被认可的理由之一。参见林钰雄:《新刑法总则》,元照出版有限公司2020年版,第692页。

[13] 参见《西班牙刑法典(截至2015年)》,潘灯译,中国检察出版社2015年版,第1页。

不过,对被告人一概适用对其有利的新法,虽然简洁明了,但也会面临着司法能否承受、共犯处罚之间的均衡等问题,未必是最佳方案。因此,可能的路径:在再审实践中,在原则上适用行为时法维护法安定性的同时,顾及被告人的利益,新法“相对有利地溯及”。这种理论的核心内容在于:一方面,对行为时具有犯罪性,再审时被除罪化的行为,如果一定要启动再审,应该按照行为时的法律作出有罪判决,但量刑时特别考虑从轻。对类似行为,国外的多数处理方式是刑罚不再实际执行。例如,《法国刑法典》第 112—4 条对有利追溯原则的具体适用有规定:“新法的即行适用对依据旧法完成法律行为的有效性不产生影响。但是,已受刑罚宣判的行为,依据判决作出之后的法律不再具刑事犯罪性质时,刑罚停止执行。”<sup>[14]</sup>在《意大利刑法典》第 2 条中也规定:“任何人不得因根据后来的法律不构成犯罪的行为而受到处罚;如果已经被定罪判罚,则终止刑罚的执行和有关的刑事后果。”<sup>[15]</sup>我国《刑法》没有类似规定,但再审时,需要结合新法除罪化的态度,适度考虑对被告人实质的分配正义。另一方面,在新法有利于被告人时,再审必须考虑法律及司法解释变化的基本方向,量刑尽量从宽,且原则上不得加重被告人的刑罚。

“相对有利溯及论”并不是说对再审案件必须适用新法,而是重视目的性考量。学者指出,法律总是不断被修订,“新法优先原则”有其局限性,应当得到批评性的评价,需要借助于目的性考量对其加以修正。<sup>[16]</sup>换言之,何时适用新法,哪种情形下适用旧法,主要取决于目的解释。在再审案件中法律或司法解释(趋轻)变动时,并不是必须适用新法,但无论出现何种情形,原则上都应在不加重被告人刑罚的前提下进行再审,从而实现将处罚更轻的法律或司法解释有限地、相对地有利溯及被告人,以此降低法院主动地、轻易地启动再审的冲动,使原本有利于被告人的法律修改能够在一定程度上发挥量刑的映射效果。

基于上述分析,建议在最高人民法院法释[1997]5 号第 10 条中增加但书规定,将整个条文修改为“按照审判监督程序重新审判的案件,适用行为时的法律。新的法律或司法解释对被告人处罚更轻的,量刑时应当特别予以考虑,原则上不得加重对被告人的处罚”,由此通过将再审时新旧法律的选择适用转化为量刑问题,以符合再审程序禁止不利变更的法理要求,<sup>[17]</sup>发挥刑法的人权保障功能。

## (二)新法“相对有利溯及论”的类型化规则

规则之一,不宜主张新法的轻缓化规定可以绝对有利地溯及再审案件。如果被告人已经被定罪判刑,一般性地肯定新法有利溯及,则所有被告人都可能以行为实施时的法律与后来的

[14] 参见《法国新刑法典》,罗结珍译,中国法制出版社 2003 年版,第 5 页。

[15] 参见《意大利刑法典》,黄风译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 5 页。

[16] 默勒斯,见前注[11],第 337 页。

[17] 禁止不利变更原则通常适用于二审案件,即由被告提出上诉的,二审法院不得加重其刑;检察官为被告人的利益提出抗诉的,也应适用禁止不利变更原则,避免使被告人承受更加不符合其利益的判决。参见蔡墩铭:《刑事诉讼法论》(增订 5 版),五南图书出版股份有限公司 2002 年版,第 526 页。本文认为,在法律和司法解释趋轻变化,再审时法明显有利于被告人这种特殊情形下,司法机关启动再审程序,不能不顾及被告人的利益,属于特殊情形的“为被告人的利益”而提出的再审,要受到禁止不利变更原则的约束。

法律不同,应当对其适用对犯罪处罚较为有利的法律为由提出申诉,这会使得法的安定性动摇,即便新法有轻缓化的处罚规定,如果已经作出终局性裁判的,新法也不可溯及已决的生效裁判。没有新的事实和证据,针对被告人的申诉,不可能启动再审。没有新的事实和证据,只是因为认识上的问题以为原判错误,但再审后认定其没有错误的,事实上并不是新的案件,不应适用新的法律或司法解释,以防止被告人“投机取巧”,避免再审犯罪事实增加的被告人可能通过再审程序获利。

规则之二,在再审程序启动后,面对新旧法律变化时,并不是所有再审都是对被告人有利的,也可能存在不利于被告人的再审。例如,在贪污罪的量刑标准修改后,法院对某贪污罪犯进行再审是仅认定了累犯的事实,并对累犯从重处罚的,这是对被告人不利的再审。但即便对于这类再审,从重处罚的幅度也应当尽量控制,同时特别考虑新法处罚轻的立法取向。

规则之三,再审发现改变犯罪构成要件的新事实、新证据时的案件处理:①因为司法机关的工作瑕疵导致原审错误的,再审否定或撤销原来的判决,等于办理一个新的案件,尽可能考虑新法从宽处罚的精神,对被害人有利,可以考虑适用新的立法或司法解释关于处罚部分的规定;②发现新的事实和证据,犯罪数额又具有可拆分性质的,对于再审时查明的这部分新事实适用新法确定相对较轻的刑期,和原判确定的犯罪参照数罪并罚的逻辑处理,处罚上可以轻于限制加重的结论;③再审不否定客观的犯罪事实,但否定自首、立功等预防刑的情节的,再审被告人之前从自首、立功中获得的利益应当被取消,但量刑时仍然应当考虑新法从宽处罚的取向,这两种考虑相互抵消之后,按照禁止不利变更的法理,刑期可以不再变动。

规则之四,特别考虑是否由人民法院主动决定再审?如果答案是肯定的,且事实没有改动,但行为时法明显不利于被告人的,即便对被告人适用旧法,也不加重处罚,因为审判时,国家对某种犯罪的态度变了,由此产生的不利后果归属于司法机关。如果发现新的犯罪事实,适用旧法判刑很重的,不宜加重处罚;没有新的证据,只是适用法律错误的,如主从犯、自首的认定错误等,法院主动再审的,不利的后果归于法院自身,更不能加刑。即新法更加轻缓化的背景下,不是直接将新的法律或司法解释适用于再审案件,使新法发生溯及既往效力,而是充分关注再审程序中的禁止不利变更原则的落实程度,适度做有利于被告人的考虑。这等于是将遇到法律变化时,人民法院主动决定提起再审的情形,视作是因事实原因引起的再审和因法律理由引起的再审的混合物,此时,以统一法律解释为目的,承认有利于被告人的再审。

规则之五,对被告人不利的再审,包括撤销可归责于被告人的无罪判决、罪轻判决、基于新的关键证据的重新审理等情形,在法律及司法解释趋轻修改的情形下,再审量刑都不能太重,再审时的法律从宽处罚的精神在量刑中必须体现,从而将新旧法律或司法解释的适用问题转换为量刑问题。这里的撤销无罪判决制度,特指被告通过贿赂、恐吓、干扰等不正当的手段所获得的无罪释放,对此,应允许法院就同一罪行重新审判被告人。基于新的关键证据的重新审理制度,是指出现新的关键证据,控方可以提请法院撤销原有的无罪判决,对该案重新审理。在这些情况下,即便引发再审的原因归结于被告人,但立法上的处罚态度变了,这一点不能在

再审量刑时完全不予考虑,再审时即便适用行为时法,也应大致比照新法从轻量刑。例如,针对逃税罪、虚报注册资本罪、骗取贷款罪等案件,启动再审时,因法律趋轻修改,再审适用行为时法的底限应当是不加重被告人的刑期。

规则之六,再审量刑应当坚持体系思考,特别考虑个案正义。《刑法解释》第472条规定,再审案件经过重新审理后,应当分四种情况分别处理,其中第三项“原判决、裁定认定事实没有错误,但适用法律错误或者量刑不当的,应当撤销原判决、裁定,依法改判”保留了再审加刑的可能性。这是针对普通案件的再审来讲的,但法律变更时的再审案件具有其特殊性,为此,应当准确理解《刑法解释》第472条的规定,原判决、裁定事实不清、证据不足,查清事实后改判的,以及适用法律错误或量刑不当依法改判的,都应当充分考虑新法的趋轻处罚态度,根据个案判断适用行为时法在处罚上是否会带来不公平,再以原则上不加重被告人的刑罚作为裁判的底限,在新法的处罚力度大幅度下降的背景下,在再审案件中切实贯彻罪刑相适应原则。

“相对有利溯及论”说到底是为了和“再审案件原则上不加刑”的内在精神保持一致。《刑法解释》第469条规定,除人民检察院抗诉的以外,“再审一般不得加重原审被告人的刑罚”,即在没有极其特殊的情况时不加重被告人的刑罚。其实,再审不加刑是国外刑事审判实践的共识。再审和新法的溯及力均是具有较强大陆法系特色的问题,但英美法系亦存在类似问题。美国因其对禁止双重危险原则的严格贯彻,被追诉人不因二次受审而陷入更为不利的境地;英国对构成禁止双重危险原则之例外的再审有较为严格的限制,即便适用行为时法亦通常不会造成对被告人的不利。在大陆法系的德国,不利于被告人的再审受到特别多的限制,尤其在判决后发现新的事实和证据时,可以提起对被告人有利的再审,但不能提起对其不利的再审。<sup>〔18〕</sup>在日本,存在由事实不当引起的再审和因法律理由引起的非常上告,对前者而言,相关国家的刑事诉讼制度只承认有利于被告人的再审;对后者而言,是以统一法律解释为目的的再审程序,不会对被告人造成不利。<sup>〔19〕</sup>因此,再审不会让被告人太“吃亏”,再审不加刑自然是多数国家刑事司法的底限。在我国存在不利于被告人的再审,因此,再审加刑是有可能的。但是,比较特殊的情况是:在再审案件遇新法趋轻变化时,审判机关无论是于法律、法理还是事理都应该在一定程度上做有利于被告人的考虑,如果再加重被告人的刑罚,就难言妥当。这类案件无疑应该属于“一般不得加重原审被告人的刑罚”的情形。

当然,对法律趋轻变化时的案件再审按照行为时法定罪,按照再审时量刑,且要实现再审原则上不加刑,就必须赋予法官量刑的自由裁量权。在个案中,如果按照新法量刑确实超越法官权限的,可以根据《刑法》第63条第2款的规定,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚,从而妥当地解决法律变化场景下僵硬地适用行为时法所带来的不合理局面。

〔18〕 参见万毅:“论刑事审判监督程序的现代转型”,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2005年第6期,第25页。

〔19〕 参见(日)田口守一:《刑事诉讼法》(第7版),张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第596页。

### (三)新法“相对有利溯及论”的具体运用及其射程

#### 1. 结合“郑某受贿案”看“相对有利溯及论”的运用处理思路

对于本案,即便再审时适用行为时法对被告人定罪,量刑时完全不考虑新法,在 2020 年对 10 多年前发生的共同受贿 30 余万的被告人郑某判处有期徒刑 10 年,单纯追求与共犯肖某的量刑“看齐”,其合理性是存在疑问的:第一,本案在“旧法”发生效力期间原本能够再审终结,当时并未顺利进行再审的责任并不在被告人一方,在时过境迁 17 年之后再审本案,其不利后果不应当由被告人承担。对于因司法机关的原因导致再审且“新法”对被告人有利的,如果量刑时不考虑新法就会引发不合理之处。第二,本案不是由被告人一方以法律有变动为由而申请的再审,而是先由法院主动决定再审,后由检察机关出庭支持公诉的再审,此时国家法律或司法解释的立场恰好有变化,处罚也变得更为轻缓,再审量刑时参照新法的规定显然更符合法理和情理。第三,对本案的再审并不否定违法事实,但否定自首、立功等从宽处罚情节后,按照行为时法对被告人判处有期徒刑 10 年,按新法受贿 30 余万元的刑期为有期徒刑 4 年以内,考虑新法的处罚轻缓化取向,同时也考虑到被告人之前从自首、立功等获得的利益应当被取消,这两种考虑相互抵消之后,刑期不再变动完全符合法理。第四,不对郑某加刑,其量刑和肖某失衡的说法似是而非。根据原判决当时有效的《刑法》,受贿 10 万以上的,量刑幅度为 10 年以上有期徒刑。肖某受贿后分赃 17.5 万,被判 11 年有期徒刑,法院对其定罪量刑的结论正确。肖某和郑某之间是存在主从关系的(本案中,对郑某是否成立从犯,再审出庭的公诉人和法官的看法也不相同),二人量刑不均衡的说法,没有充分考虑二人不同的犯罪情节以及在共同犯罪中所起的作用,尤其没有考虑共同犯罪中身份、地位更高的肖某违法性更重的法理。<sup>[20]</sup> 如果准确认定郑某的从犯地位,其量刑的妥当性也是能够被认可的。第五,不能不考虑特殊减轻。即便按照行为时法再审本案,也应当对被告人适用特殊减轻的规定。前已述及,对于再审案件究竟应该适用行为时法还是新法,确实有一定争议。但是,即便对本案再审适用行为时法,即便否定郑某的自首等情节,如果考虑国家法律变化的现实以及禁止不利变更的法理,对被告人郑某也完全可以按照《刑法》第 63 条第 2 款规定的特殊减轻从宽处罚。本案之所以能够适用这一规定,主要理由是:一方面,被告人在原审判决之后的 17 年间,积极参与社会生活、诚实劳动,已经改过自新,且在漫长的时间煎熬中受到“自然惩罚”,对其再机械地按照行为时法予以重罚,于情于理都不合;另一方面,在案证据表明,在行为时法实施当时不能再审终结的责任确实不在被告人一方,重罚后果由其承担明显不公,通过最高人民法院核准后在法定刑以下量刑有助于实现个案公平。本案中,再审的二审裁定将《刑法》第 63 条第 2 款规定的“案件的特殊情况”狭义地理解为与犯罪行为有直接关联的情节,从而不当地限制了特殊减轻的适用空间。对此,辩护人明确提出,因为有关机关未依法履职导致案件拖延至今,郑某十几年来始终配合司法机关、认罪伏法、积极奉献社会,建议对被告人进行特殊减轻。但法院在对该辩护意见进行回应时指出,上述理由均非直接导致或影响郑某实施犯罪行为的“特殊情况”。人民法院应当根据郑某犯罪的事实、性质、情节和社会危害程度决定对郑某的量刑,不能将与郑某犯罪行

[20] 参见周光权:《刑法总论》(第 4 版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 385 页。

为无直接关联的其他情形作为郑某可以适用上述法律规定的依据。该辩护意见不能成立,本院不予采纳。<sup>〔21〕</sup>但是,《刑法》第63条第2款规定的“案件的特殊情况”,不是指犯罪自身的情节,其“主要是指案件本身的特殊性”,<sup>〔22〕</sup>本案裁判对此的说理并不准确。第六,“再审案件原则上不加刑”的精神应当得到贯彻。在本案中,看不出存在何种必须对被告人加刑的特殊情况。被告人在犯罪后的10多年内遭受了“自然惩罚”,其不可能在此期间如同正常人一样生活,这是不可否认的客观事实;案件在10余年前不能尽快再审终结的责任不应由被告人承担,因此,无法认为本案就属于需要再审后加重原被告人刑罚的特殊情形或极端情形。此时,不加重原被告人的刑罚恰恰能够有效地维护刑罚的人道性,也能够维护司法判决的安定性、既判力。即便再审后认为原判对郑某量刑偏轻,再审也不宜比原审判处有期徒刑3年缓刑4年的量刑更重,即便适用行为时法亦原则上不应造成对被告人的不利。虽然禁止不利变更原则并未写入我国法律,但其法理或逻辑应当被司法活动所遵循。即便不是一般性地认可新法对再审案件的有利追溯,也不能在刑事再审中对被告人造成撤销缓刑再服刑10年的明显不利局面。

## 2. 结合两类案件看“相对有利溯及论”的射程

### (1) 结合“祖某撤销减刑裁定案”的分析

再审案件中新法“相对有利溯及论”的逻辑对于理解实务中对部分案件反复“翻烧饼”的不当之处具有特殊价值。对此,在这里结合“祖某撤销减刑裁定案”讨论“相对有利溯及论”的射程问题。

2007年1月31日,湖南省湘潭市雨湖区人民法院一审判决祖某犯信用卡诈骗罪,判处有期徒刑5年,刑期自2006年8月15日起至2011年8月14日止。<sup>〔23〕</sup>祖某不服该一审判决提出上诉,二审驳回上诉、维持原判。2007年6月12日,祖某交付湖南省看守所执行。2008年7月3日,湖南省长沙市中级人民法院作出第一次减刑裁定,对祖某减去有期徒刑1年10个月;<sup>〔24〕</sup>2009年4月14日,湖南省长沙市中级人民法院作出第二次减刑裁定,对祖某减去有期徒刑6个月。2021年12月9日,湖南省长沙市中级人民法院作出刑事裁定,对前述2008年的减刑裁定予以纠正,理由为:湖南省看守所在祖某服刑期间以其具有悔改表现呈报减刑,未见其有立功或重大立功等影响减刑的其他情形,2008年的减刑裁定不当;减刑幅度违反司法解释规定,不应当对祖某减刑1年10个月;减刑起始时间违反司法解释规定,祖某仅交付执行1年21天即予以减刑。根据《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》(法释〔1997〕6号,已失效)第2条及第3条规定,依法应当予以纠正。<sup>〔25〕</sup>而这里的《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》第2条规定,对有期徒

〔21〕 参见四川省成都市中级人民法院(2019)川01刑再2号刑事裁定书。

〔22〕 王爱立主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2021年版,第99页。

〔23〕 参见湖南省湘潭市雨湖区人民法院(2006)雨刑初字第298号刑事判决书。

〔24〕 参见湖南省长沙市中级人民法院(2008)长中刑执字第3958号刑事裁定书。

〔25〕 参见湖南省长沙市中级人民法院(2021)湘01刑更监9号刑事裁定书。

刑罪犯在刑罚执行期间,如果确有悔改表现的,或者有立功表现的,一般一次减刑不超过1年有期徒刑;如果确有悔改表现并有立功表现,或者有重大立功表现的,一般一次减刑不超过2年有期徒刑。第3条规定,被判处5年以上有期徒刑的罪犯,一般在执行1年半以上方可减刑。但是,2016年11月14日发布的《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第6条规定,被判处有期徒刑的罪犯减刑起始时间为:不满5年有期徒刑的,应当执行1年以上方可减刑;5年以上不满10年有期徒刑的,应当执行1年6个月以上方可减刑。确有悔改表现或者有立功表现的,一次减刑不超过9个月有期徒刑。本案湖南省长沙市中级人民法院2021年12月9日作出的撤销2008年减刑裁定的决定,性质上类似于再审裁定,但其并未适用有利于服刑罪犯的行为时法,而是将不利于行为人的“新法”溯及既往,与本文所提倡的“相对有利溯及论”相悖。2008年7月3日,湖南省长沙市中级人民法院作出第一次减刑裁定对祖某减去有期徒刑1年10个月时,所依据的司法解释规定“一般”一次减刑不超过1年有期徒刑;“一般”在执行1年半以上方可减刑,允许例外情形下法官有减刑的自由裁量权。对该减刑裁定不宜以8年后的司法解释趋严为由而将不利于行为人的“新法”溯及既往。因此,与再审案件具有类似性,新法有利溯及、禁止将重法不利溯及被告人的逻辑在决定撤销之前的减刑、假释裁定工作中也必须被坚守。

## (2) 结合“牛某被延长刑期案”的分析

从国外的立法看,对于新法有除罪化规定的,有少数国家规定再审时新法无条件溯及既往,对被告人作出无罪判决;但多数国家的做法是并不启动再审,新法溯及既往的效果是自除罪化的新法公布之日起,罪犯剩余的刑罚不再执行。我国司法实践肯定再审时适用行为时法,反对新法溯及既往,《刑法》第12条第2款为维护法的安定性明确规定了“有利溯及的例外”,单纯依据法律变更提起再审申诉不可能被受理。但是,实践中对于某些新法除罪化的个案继续执行原判刑罚,拒绝进行再审,事实上也并不符合公众的一般正义感。此时,即便不启动再审,但结合个案的具体情况,根据新法中展示出来的立法最新取向,平衡好法的安定性和实质正义的关系,对被告人采取幅度较大的减刑、假释等宽大处理措施,也是和新法“相对有利溯及论”相同的逻辑。这一点,在“牛某被延长刑期案”中表现得特别充分。

1984年4月28日,牛某被以流氓罪判处死刑缓期两年执行。1990年10月,监狱方面允许牛某保外就医。1997年修订后的《刑法》颁布实施,取消了流氓罪。2004年,监狱因牛某保外就医后迟迟未返回对其实施抓捕,并决定将其刑期顺延至2020年4月28日。牛某成为我国最后一个在监狱里服刑的流氓罪犯。<sup>[26]</sup>按照《刑法》第12条第2款的规定,只要先前的流氓罪判决成立,罪犯继续服刑的依据便具备,即便该罪名被删除,原判决依然合法。除非有证据证明当初的判决确有错误,才可以通过再审程序撤销原判决。但社会公众会认为,牛某不应该再为早已不存在的罪名服刑。这就涉及到法的安定性和正义的关系问题。对此,有学者提出,如果引入宪法层面的判断,则可对《刑法》第12条第2款的适用范围进行合宪性限定,一方

[26] 关于案情的详细介绍,参见韩大元主编:《中国宪法事例研究》(第6卷),法律出版社2013年版,第131页。

面,为维持判决的安定性而对法律态度早已转变、新法已经除罪化的罪犯再执行12年有期徒刑,有违比例原则;另一方面,罪刑法定原则是具备宪法位阶的原则,其要求刑法规范的明确性和处罚的妥当性,但流氓罪的相关规定并不明确,依据该规定对罪犯判处死刑缓期两年执行并不合适。<sup>[27]</sup>按照这种逻辑,对牛某案排斥《刑法》第12条第2款的适用进行再审也是有可行性的。但根据本文的观点,如果人民法院根据《刑法》第12条第2款的规定继续维持原判决的效力,有规范依据,合宪性解释的学理理解也存在一定争议。但是,在国家立法的态度有根本性转变,不再将某种行为作为犯罪予以规制的前提下,需要缓和行为时法的刑罚效果,由此通过减刑、假释等刑罚执行措施使早已除罪化的流氓罪犯出狱,也是一种务实的态度。

#### 四、结 语

在我国,刑事判决的稳定性没有得到足够重视和强调。但是,把判决都看成是暂时性的,轻易启动再审或者只要再审就意味着加刑的做法都应当受到质疑,对已生效刑事判决不受时间、理由的限制,随时可以通过再审进行修改这种“寻求不断调整和持续改变的急躁梦想必须受到约束,以便确立一种可能的根基”。<sup>[28]</sup>从既判力的角度看,约束大陆法系国家重新审判刑事案件的原则是既判力理论,其在生效刑事裁判中主要表现为受到过追诉和审判的同一行为免于再次受到追诉和审判,终审裁判之产生即为国家司法裁判权自我节制之起始,从而维护法院裁判的权威性。<sup>[29]</sup>无论如何,现代化的刑事再审程序必须把追求公正、纠正错判和既判力理念、禁止双重危险规则结合起来。<sup>[30]</sup>对于再审启动的容易性及趋重改判的司法惯性必须进行限制。

我国《宪法》和《刑事诉讼法》中都未对被告人不得因同一次事实受到多次审判和刑罚惩罚作出规定,生效判决的存在也难以约束再审,而且大量再审的结论对被告人不利。这种状况需要改变。近年来,有刑事诉讼法学者指出,允许人民法院启动不利于被告人的再审的做法违反了不告不理原则、控审分离原则和禁止双重危险原则,在部分案件中还违反了上诉不加刑原则。从世界范围来看,无论是大陆法系还是英美法系,无论是否允许法院启动再审,都不允许法院启动不利于被告人的再审。从我国实务的角度看,人民法院应当立即停止启动不利于被告人的再审。<sup>[31]</sup>这种观点言之成理,值得认真考虑。本文则从实体法的角度主张,在《刑法》

[27] 参见陈鹏:“刑法‘有利溯及之例外’条款的合宪性限定解释——基于牛玉强案的思考”,《法学家》2012年第4期,第34页。

[28] (美)米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔:比较视野中的法律程序》(修订版),郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第232页。

[29] 参见陈瑞华:《比较刑事诉讼法》(第2版),北京大学出版社2021年版,第176页。

[30] 参见陈光中、郑未媚:“论我国刑事审判监督程序之改革”,《中国法学》2005年第2期,第168页。

[31] 参见易延友:“论人民法院不得启动不利于被告人的再审”,《政治与法律》2023年第5期,第145页。

或司法解释趋轻变动的情形下,对被告人不利的再审必须进行极其严格的限定;即便可以提起对其不利的刑事再审,量刑原则上也不得加重。再审即便要推动,其也只不过是表达司法态度的机会,而不是审判机关和特定被告人之间的“较量”,不宜动辄对被告人加刑。

换言之,虽然遇到法律或司法解释变更的再审案件数量有限,但简单地、一刀切地适用行为时法的立场并不合适,尤其在再审时新的法律或司法解释已经除罪化或处罚非常轻缓的情形下,对于可归责于司法机关的原因造成的再审,一概适用行为时法进行审理,加重被告人处罚的做法,就更加不妥当。再审案件面对新旧法律变更时,对有的特殊案件不宜排斥新法的适用;对于不能适用新法的,量刑时也必须考虑新法趋轻变动的现实,从而将新法相对有利地予以溯及。这一意义上的“相对有利溯及论”能够平衡法安定性和实质正义之间的紧张关系,体现刑法宽容性、人道性和再审案件的司法理性,发挥刑事司法程序的人权保障功能。

---

**Abstract:** The Supreme People's Court Interpretation (1997) No. 5, in its Article 10, states that cases retried under the supervision procedure should “apply the law in force at the time of the act”. However, for changes in the new law that decriminalize or lighten penalties, it is necessary to establish specific application rules for these changes. Defendants should not benefit from lighter penalties under the new law just for that reason. In special cases, courts can allow favorable retrospective application based on new judicial interpretations without violating the principle of legality. For cases with lighter penalties under the new law, while the law in force at the time of the act applies, sentencing should consider the new law's direction, and the special mitigation system under Criminal Law Article 63, Clause 2, can be a normative basis. This “relative favorability retrospective theory” balances legal stability and justice, preventing defendants from suffering multiple disadvantages and reducing courts' impulse to initiate retrials that are clearly unfavorable to defendants. Future modifications to this provision should be considered.

**Key Words:** Criminal Retrial; Legal Stability; New Law; Retrial without Additional Punishment; Relative Favorability Retrospective Theory

---

(责任编辑:车 浩)