

近代中国刑事上诉制度的生成及展开

胡 震*

内容提要：清末民初法制改革中，中国古代上控制度被来自西方的近代上诉制度所取代。上控和上诉的首要制度目的均是平反冤狱、保证司法公正。二者在制度内容、功能和理念上的相似性，为清末法律移植提供了便利条件，使上诉制度在近代中国得以顺利生成。但上控和上诉是分别镶嵌在传统和现代两种异质型制度，上控的重心在行政控制，上诉则围绕案件事实及规则适用展开。立法上，上控所承载的社会控制、治理信息传递、督察官员等功能被剥离，新的上诉制度则被赋予了统一法律适用、终结裁判、保护被告人权利等现代司法功能。在司法实践中，围绕是否应赋予被害人上诉权、判决确定性、禁止不利益变更原则、上诉期限等问题，民初产生了一系列纷争。采用比较历史法律方法研究这些在当前司法中仍时有显现的问题，有助于认识和推动当前司法改革。

关键词：上控 上诉 法制转型 司法改革

引 言

传统中国有一套在程序、理念和制度上迥异于西方，却代表了世界文明发展另一高峰的纠纷解决机制。^{〔1〕}清末法制改革以来，中国被迫踏上了一条移植西法的法制现代化之路。其中，生成于西欧的刑事上诉制度携“发达”之名，取代古老中国的传统“上控”制度，开始在神州大地发芽、生根并逐步成长。这套借助固有传统资源，由东西洋移植而来的制度在今日实践中仍有较多不合和争议之处。^{〔2〕}例如，是否应该赋予刑事案件被害人上诉权、“上诉不加刑”原则为何在司法实践中屡屡被规避、案件为何“终审不终”

* 中国农业大学人文与发展学院副教授。

本文是国家社科基金后期资助项目“从‘上控’到‘上诉’：中国近代刑事上诉制度转型研究”（18FFX014）的研究成果。

〔1〕 参见〔日〕滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，载〔日〕滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等译，法律出版社1998年版，第1页以下。

〔2〕 参见陈瑞华：《二十世纪中国之刑事诉讼法学》，《中外法学》1997年第6期，第20页以下。

等。^{〔3〕}单纯的制度移植研究似乎对理解和解决上述问题帮助不大，比较研究方法有利于我们对不同法律制度的表现形态进行对比分析，但似乎也很难真正深入明白问题所在。相对来说，采用法律的比较历史研究方法，回到制度构建的原点，从源头上厘清上述问题，则有助于我们重新理解并助力解决当前问题。为此，本文尝试回到中国现代刑事上诉制度生成的起点，在对传统上控制度的内容、特点和功能分析讨论后，重点从制度、话语和理念三个面向探讨现代刑事上诉制度最初是如何取代传统上控而被移植入中国的，并以被害人上诉权、判决确定性、审级和期间等四个焦点问题为例，分析制度转型实践中出现的问题及其成因。^{〔4〕}

一、上控：中国传统的上诉制度

案件的一次审理未必能保证判决的公正。因此，诉讼制度相对成熟的国家，大多设有上诉制度。惟因文明程度不同，上诉制度在各个历史时期、不同国家的表现形态也非全然一致。我国秦汉时期已有较完备的“乞鞠”制度。此后，各朝代均建立了对判决不服而提起控告的制度。惟称呼不一，有上告、上诉、申诉、陈诉、诉冤、诉枉、诉雪、上控等。其中，直接至皇帝面前诉冤的邀车驾、击登闻鼓、上表申诉、叩阍等直诉制度更是成为民众和学者的关注重点。本部分以上控制度为核心，从内容、特点和功能三个角度展开论述。^{〔5〕}

（一）上控的主要内容

清代既无专门诉讼法典，也未对上控予以集中统一规定，相关规则主要散见于律例、会典以及皇帝谕旨、通行等法律渊源之中。《大清律例》规定：“词讼未经该管衙门控告，辄赴控院、司、道、府，如院、司、道、府滥行准理，照例议处。其业经在该管衙门控理复行上控，先将原告穷诘，果情理近实，始行准理。”^{〔6〕}因此，上控乃当事人及其家属对于案件审理不服而逐级向上控诉之意。

上控由案件当事人或其家属提起。当事人包括案件的原告、被告。命盗等刑案中，被害人为原告，罪犯为被告。当事人的家属也可上控。但是，老、幼、妇女、残疾、官员、士人等特殊群体上控时，须由成年男性家属代诉，谓之“抱告”。不同于现代诉讼代理人，抱告人只是上控人的替身，其对诉讼基本不具有主动性；一些抱告人甚至对案情了解不多，

〔3〕 在最近热议的“余金平交通肇事案”（见（2019）京01刑终628号刑事判决书）中，围绕“上诉不加刑”原则是否适用于检察院为被告人利益提起的抗诉，各方展开了激烈争论，抛开文字论辩、权力角逐等因素，背后体现的恰恰是两种不同诉讼价值观之间的争锋。有关上诉不加刑原则在现实司法中的具体实施情况，参见武小凤：《“上诉不加刑”原则在中国的立法及实践问题分析》，载陈光中主编：《刑事司法论坛》第2辑，中国人民公安大学出版社2009年版，第73页以下。

〔4〕 关于清末民初上控和上诉的研究成果，参见〔美〕欧中坦：《千方百计上京城：清朝的京控》，载高鸿钧等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第472页以下；黄源盛：《民初大理院与裁判》，元照出版有限公司2011年版，第281页以下；李典蓉：《清朝京控制度研究》，上海古籍出版社2011年版，第22页以下；于明：《司法审级中的信息、组织与治理：从中国传统司法的“上控”与“审转”切入》，《法学家》2011年第2期，第13页以下。

〔5〕 从秦至清，传统上诉名称虽有变化，制度内容上更多呈现出质的连续性和同一性。本文重在强调上诉制度从传统到现代之转型，不同朝代制度之间的差异并不影响内容的分析。因此，清代上控可以作为传统中国上诉制度的典型代表。

〔6〕 （清）吴坛：《大清律例通考校注》，马建石、杨育棠点校，中国政法大学出版社1992年版，第873页。

只是代人递交诉状并承担呈诉的相应后果。〔7〕

清代地方审判层级和官府层级基本一致，一般包括州县、府、道、臬司、督抚。此外，至京城向皇帝提起的上控称“京控”，受理机关有都察院、通政司、步军统领衙门、理藩院等衙门。直呈皇帝的叩阍，俗称“告御状”，也属于京控的一种，是最高层级的上控。因此，除京城等少数特别地方，上控层级一般包括府、道、臬司、督抚、皇帝等五级。

上控的理由主要有三个：（1）案件不予受理或受理后迟迟不能审结。由于清代地方案件积压较多，当事人常常把上控作为督促地方官员审理案件的策略。（2）所控事项涉及本管官员时，当事人可直接向上级越诉。（3）当事人认为案件裁判结果不公平时上控。后两种情形，当事人应在上控状内将案件已经审理情况书写明白，方便上控受理衙门了解情况。

上控不符合要求时则可能会被驳回。案件若被受理，一般有发审、委审和提审三种处理方式。发审是案件受理机关将案件发交原审或其它相应衙门审理。委审是委派属员至案发地主导或联合审理案件。提审又称“亲审”，即对于重大案件，由受理上控案件衙门长官亲自审讯。〔8〕大部分清代上控案件则是通过发审、委审处理。

（二）上控的典型特点

相对于现代刑事上诉制度，传统上控制度有以下典型特点：

第一，上控与逐级审转覆核制并存。上控是案件当事人因不服案件裁判结果而向上级审判机关要求复审的制度。审转覆核是指徒刑以上案件，在州县审理后，详报上一级复核，层层上报，直至有权作出判决的审级批准后才为终审。〔9〕审转覆核制的主要功能在于加强对下级裁判的监督和统一量刑标准。〔10〕当事人上控与否并不影响审转覆核程序的进行，故审转覆核又被称为“自动上诉”。

第二，上控没有明确期限限制。清代原则上只要求案件审结后方可上控。实践中，当事人若对州县官的做法感到不公，即便案件正在审理中，也有提出上控者；上控一旦被受理，上司则会介入该案件的审理。〔11〕“就一般来说，上控无期间的限制。有至秋审鸣冤，又有临决死刑呼冤，复有已配流、充军或发遣后而上控者。”〔12〕即使在案件审结较长时间之后，当事人和官府只要认为案件审理不公，仍可随时要求重审案件。〔13〕翻阅清代司法档案和文牍，案结数年后上控而被受理者也并不鲜见。

第三，上控围绕案件事实而展开，不涉及法律适用问题。上控主要是当事人对案件处理不服，强调的是已有决定在事实认定上的不公使自己蒙受冤屈。“上控而关于法条解释者，实际上未能发见。”〔14〕京控中当事人的控告理由也围绕事实认定展开。〔15〕在对案件处理结果不满而又必须给出理由以说服上控衙门受理案件时，不具备律例知识且无法律专业

〔7〕 参见徐忠明、姚志伟：《清代抱告制度考论》，《中山大学学报（社会科学版）》2008年第2期，第143页以下。

〔8〕 参见李贵连、胡震：《清代发审局研究》，《比较法研究》2006年第4期，第15页以下。

〔9〕 参见郑秦：《清代法律制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第94页以下。

〔10〕 参见〔日〕寺田浩明：《自理与解审之间——清代轴线层级中的命案处理实况》，载〔日〕夫马进编：《中国诉讼社会史研究》，范愉、赵晶等译，浙江大学出版社2019年版，第441页以下。

〔11〕 同上文，第415页以下。

〔12〕 戴炎辉：《中国法制史》，三民书局1979年版，第186页。

〔13〕 参见前引〔10〕，夫马进编书，第43页以下。

〔14〕 前引〔12〕，戴炎辉书，第186页。

〔15〕 参见前引〔4〕，欧中坦文，第473页。

人士帮助的当事人无法指出裁判在法律适用上的问题，而只能在上控状中通过对案件事实的不断“构造”和诉冤话语的反复强调来证明自己的冤情和官员的裁判不公。即使是聘请讼师写作控状，也只会案情上添叙架构，而不会从法律上提出疑问。否则，就等于直接暴露了为官方禁止的讼师的存在。简言之，法律适用只是官员的事情，似乎和当事人毫无关系。这一点不同于审转覆核制。在案件审转覆核中，覆核机关会针对案件事实和法律适用两方面开展审查。

第四，上控缺乏裁判终局性。裁判终局性，是指一个裁判结束纠纷、终止诉讼的能力。^[16]清代当事人不服州县初审判决，可逐级上控。虽然审转覆核中，根据刑罚轻重，不同层级对案件有最后定罪权。但在上控中，理论上只有最高层级的皇帝才是所有司法案件的最终裁判者。设置较多的上控层级有利于吸收当事人不满、加强裁判的正当性，但却容易造成案件多年不结、拖累无辜。清代中后期，为清理积案而设立的发审局、清讼局，也证明传统司法在某些方面已经无法适应社会发展需要。^[17]清末法制改革中，改革者力主学习西法，既有取消领事裁判权追求富强的外在压力，也确实看到了西方诉讼制度对于解决固有司法难题的作用。^[18]

（三）上控的核心功能

上控不仅承担着司法上平反冤狱的直接功能，还兼有社会控制、治理信息传送、增强统治合法性等社会和政治治理的间接功能。现代上诉制度的首要目的和功能是防止和纠正错判。^[19]在这一点上，上控和上诉相同。道光帝曾言：“各州县审断不公，致令属民上控。全在该管上司亲提审断，庶不致有冤抑。”^[20]上控在平反冤狱的同时，也对下级审判衙门秉公判案起到监督作用。清末著名的杨乃武小白菜案中，如果没有杨乃武家人的不断上控，案件很难得以平反。^[21]

受理上控是中央对地方、上级对下级更有效地进行监察和治理的重要手段。儒家理论认为，通过科举考试选拔出来的知识官僚，其级别越高，道德水平也相应更高。上控产生的主要原因是地方主官怠惰所致。嘉庆帝就认为：“乃外省习气，督抚等养尊处优，不思勤以率属。……以致属员等罔知儆惕，任意废弛，于地方事件毫不介意。案件挤压，狱讼滋繁，小民等冤屈莫伸，讦告愈炽，是以赴京控案”。^[22]因此，一方面，皇帝需要不断强化道德宣教，借助对典型案件的运动式整顿，教育官员勤于职守。^[23]另一方面，借助严格的监察体制，通过处罚督促失职渎职者改过自新。以“治吏”而实现吏治，体现了中国传统法律的政治逻辑。^[24]

上控中蕴含了底层社会的丰富信息。身处深宫的皇帝和高高在上的官员通过上控了解

[16] 参见易延友：《我国刑事审级制度的建构与反思》，《法学研究》2009年第3期，第60页。

[17] 参见前引〔8〕，李贵连等文，第15页以下。

[18] 参见袁世凯：《奏报天津地方试办审判情形折》，载天津图书馆、天津社会科学院历史研究所编：《袁世凯奏议》下，天津古籍出版社1987年版，第1493页。

[19] 参见彭勃：《日本刑事诉讼法通论》，中国政法大学出版社2002年版，第369页以下。

[20] （清）祝庆祺：《刑案汇览三编》，北京古籍出版社2004年版，第1664页。

[21] 参见王策来编著：《杨乃武与小白菜案真情披露》，中国检察出版社2002年版，第9页以下。

[22] 中国第一历史档案馆编：《嘉庆道光两朝上谕档》第12册，广西师范大学出版社2000年版，第86页。

[23] 参见孔飞力：《叫魂：1768年中国妖术大恐慌》，陈兼、刘昶译，上海三联书店1999年版，第244页以下。

[24] 参见李启成：《治吏：中国历代法律的宗旨》，《政法论坛》2017年第6期，第164页以下。

民情,构筑了一个基层社会治理信息向上传送的渠道。当然,民隐上达的同时,上控信息失实、诬告、缠讼也成为制度的副产品。通过上控的开禁及其处理,皇帝和中上层官员也向民众和下级传递着自己的治理理念。通过这种方式,上控实际上发挥着社会控制和社会治理的重要功能。

上控的设置和对“天道正义”的反复晓谕,强化了民众和官员对皇权的认同,增强了统治的“合法性”。民众之所以千方百计进京城,是因为他们相信高高在上的皇帝是至公至正的,给自己造成冤屈的恰恰是无能且道德败坏的地方官吏。李慈铭在《越缦堂日记》里谈及杨乃武小白菜案平反时写道:“此事关系天下甚大,盖生民之死活、中外之轻重,皆视此为转移”。冤案平反不仅关系当事人的个案正义,更有关民众对司法的信心。

总之,上控和现代上诉在制度目标、内容、功能等方面具有较多相似性,为清末民初从上控到上诉的制度转型提供了认同基础和转换载体。同时,二者在形成机理、价值理念和技术规范上的内在差异性,也使移植而来的新制度面临“排异”带来的一系列问题。这些问题有的会在较短时间内得到解决,有的只能在古今中西的碰撞、融合中慢慢消解。

二、从“上控”到“上诉”:近代中国刑事上诉制度的初建

西方近代上诉制度是在西欧民族国家建构过程中发展出的产物。由于中世纪以来西欧王权弱小,国家建构与相应政治治理更多地是通过司法而非行政完成的,其中上诉制度的确立与发展扮演了至关重要的角色。推动上诉制度建立的主要动因,并非仅仅是对正义的追求,而更多来源于中央统治者对于地方等级化控制的需求。司法审级在诞生之初是作为民族国家的整合机制出现的,主要是为了实现王权对于地方司法的渗透与控制。随着现代国家兴起,积极的政治功能逐渐从司法领域中淡出,而更多地交由新兴科层制行政体系。法院不再是国家社会秩序和公共安宁的守护者,而成为法治和正义的维护者。在刑事诉讼中,法院不再是以探求事实真相、惩罚犯罪为目的,而是要对受到国家追诉机构指控的公民是否承担刑事责任问题做出客观、公正的权威裁决。相应地,上诉制度也不再专注于行政控制,而更多是对于案件事实及相关规则的关注。^[25]

上诉制度在近代中国的生成及展开,则是在法制近代化的大背景下自外部经由移植而成。清末民初国事衰微,改革迫切,留给人们的时间和改革空间极为有限,在仓促之间挪用抄袭便成为不得不为的无奈之举。即便如此,时人也是尽可能在求新中适应中国固有传统,在变革中致力于解决本土实际问题。^[26]本部分拟先略陈清末民初刑事上诉立法的演进过程,然后重点从制度建构、词语演变、理念变迁三个方面考察转型的过程。

(一) 上诉制度相关立法

清末法制改革中涉及刑事上诉制度之立法,共有《大理院审判编制法》《各级审判厅试办章程》二部审判机关编制法和《刑事民事诉讼法(草案)》《民事刑事诉讼暂行章程(草案)》《大清刑事诉讼律(草案)》三部诉讼法草案。其中,《民事刑事诉讼暂行章程(草

[25] 参见前引[4],于明文,第13页以下。

[26] 参见胡震:《亲历者眼中的修订法律馆——以〈汪荣宝日记〉为中心的考察》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2010年第3期,第24页以下。

案)》影响较小,本文不予讨论。^[27]下文以时间为序简述刑事上诉程序立法演进之轨迹。

光绪三十二年(1906年)四月,修订法律大臣沈家本等奏呈《刑事民事诉讼法(草案)》,请求先行试办。该草案民诉、刑诉合编,其第四章第四节“上控”用7个条文(第244—250条)对上控的提起、期限、承审官的责任等作了简要规定。该法仍多沿袭传统法律用语,如“上控”“公堂”“供证”“两造”等,保留“纠问主义”色彩,刑事案件原、被告均可上控。其创新之处在于首次规定了上控期限(一月),并明确“覆审后平反或更改原判者”,原审官除贪贿、溺职等情形外,不承担法律责任。作为中国近代第一部正式诉讼法,该草案由于遭到湖广总督张之洞等人反对而遭搁置。

光绪三十二年十一月,清廷为预备立宪改革官制,改大理寺为大理院,专掌司法审判。为明确大理院权限编制和权责,同年十二月法部编成《大理院审判编制法》,奏准颁行。《大理院审判编制法》首次确立司法独立原则,规定了京师地方的现代审级制和刑事检察制度。由于法制草创,该法仍然保留了不少传统法内容,上控、京控仍得以保留。

由于《刑事民事诉讼法(草案)》被迫搁置,而新式审判组织的试行又势在必行,法部“调和新旧”,拟订《各级审判厅试办章程》(1907年11月),作为临时法规通行试办。该章程借鉴日本刑事诉讼法,以袁世凯所奏《天津府属审判厅试办章程》为基础,在内容上兼有法院组织法和刑事、民事诉讼法。就上诉制度而言,该章程进一步系统规定了四级三审制,分上诉为控诉、上告和抗告;明确上诉期限;采用刑事案件国家追诉主义,但同时规定原告人与检察官、被告人、代诉人均享有刑事上诉权。《各级审判厅试办章程》是清末唯一得以实施的具有近代程序法性质的审判法规,对清末民初刑事上诉制度建构具有重要影响。

1911年,沈家本等人酌采各国通例,以1890年日本刑事诉讼法为蓝本,拟定《大清刑事诉讼律(草案)》。该草案第三编“上诉”分“通则”“控告”“上告”“抗告”四部分,对刑事上诉制度做了系统规定。《大清刑事诉讼律(草案)》对中国传统旧制多有补益,是清末刑事诉立法集大成者。虽然未及该草案正式颁行,清廷倾覆,其“上诉”部分内容在实际司法中往往作为“诉讼法理”“审判通例”被大理院在判决、解释中征引运用。

(二) 上诉制度的内容

清末对上诉概念的认识经历了一个逐步深入的过程。《刑事民事诉讼法(草案)》不仅仍使用“上控”一词,且强调上控必须基于原裁判的错误不当等实质性理由。^[28]上控人必须提供充足理由和证据证明原判决给予自己的冤屈,否则案件很难获得受理。《大清刑事诉讼律(草案)》采用概括形式规定:“上诉者,指不服前审之判决,于未确定以前向直近上级审判衙门请求撤销或变更之诉而言。”上诉人只要“不服”未生效的判决、裁定,就有权依法提出上诉,上级法院即应当受理,并引起上诉审程序。法院不得以其上诉理由不正确、不充分或上诉形式有瑕疵而拒绝接受上诉。^[29]上诉是当事人的权利。

[27] 参见吴泽勇:《〈民事刑事诉讼暂行章程〉考略》,《昆明理工大学学报(社会科学版)》2008年第1期,第31页以下。

[28] 《刑事民事诉讼法(草案)》第244条规定:“无论刑事、民事案件,经公堂裁判后,原告或被告如因审讯不公或裁判不合供证或裁判违律,心有不甘者,准其赴合宜高等公堂声明原由,申请覆审,但须先向公堂呈明。”见吴宏耀、种松志主编:《中国刑事诉讼法典百年(1906年—2012年)》上册,中国政法大学出版社2012年版,第35页。

[29] 大理院判决例“二年上字第8号”:“是该被告人既为实质的控告,断不能因其形式欠缺而遽以其诉讼行为无效。”见郭卫:《大理院判决例全书》,会文堂书局1932年版,第792页。

上诉主体包括被告人及其辩护人和辅佐人、检察官，被害人被排除在外。刑事案件被告人和刑事诉讼有直接利害关系，当然有上诉权。为保护被告人利益，其辩护人可以为被告利益提起上诉。辅佐人是辅助被告人进行诉讼行为的人，包括被告人的法定代理人、夫或其他在法律和事实上与被告人有利害关系且有诉讼行为能力者。辅佐人不同于代理人和辩护人。在提起公诉后，辅佐人为被告人利益，有权以自己名义独立实施被告人所得为之诉讼行为，但不得违反被告人的明确表示。检察官代表国家有要求适用正当法律之权，当然可提起上诉。但是，作为传统上控中重要参与者的被害人及其家属不具有诉讼主体地位，无法直接提起上诉。这一点和中国传统社会的固有公平正义观念不相吻合，至今仍有较大争论。

清末民初采行四级三审制，对第一审裁判不服的可提出“控告”。法律上没有限制控告的理由，上诉人可以基于事实认定、法律适用或诉讼程序等理由提出。对第二审仍然不服的可以提出“上告”。第三审则只审理法律适用问题，不涉及事实认定。因此，提起上告，必须以法律问题为理由，即认为控告审（第二审）判决违反实体法或程序法。当然，无论控告或上告，都必须在法定期间内提出，逾期不准。

上诉审查范围包括全面审查和部分审查两种形式。全面审查是指上诉审对原审法院认定的事实和适用的法律进行全面审查，不受上诉人提起上诉范围限制。部分审查是指上诉法院只对上诉人明确表示不服的内容予以审查。^[30]清末采部分审查原则，无论是在控告或上告阶段，法院只对上诉状中声明不服及其相关部分进行审查。

审理方式主要包括开庭审理和不开庭审理两种。清末各诉讼法规均强调原则上公开法庭审判。审判公开“本为宪政国之第一要件。盖公开法庭许无关系之人旁听，具瞻所在，直道自彰，并可杜吏员营私玩法诸弊”。^[31]与此相关，立法上明确规定了直接言辞原则：“一为直接审理。凡该案关系之人与物，必行直接讯问调查，不凭他人申报之言辞及文书辄与断定。一为言辞辩论。于原、被两造之言辞辩论而折衷听断。自经辩论之后，于被告之一造，亦可察言观色，以验其情之真伪。”^[32]第二审的审查范围包括一审裁判中的事实认定和法律适用两方面，除特定案件，原则上需要开庭审理。^[33]上告审只针对法律适用提出，故原则上适用书面审理。

有意思的是，清末民初立法对日本刑事訴訟法虽然多有取法，但作为刑事上诉制度核心内容的禁止不利益变更原则却被直接弃用。日本1890年刑事訴訟法第265条规定：“若只有被告人、辩护人或法律上代理人控訴，不许将原判决变更为不利益于被告人。为被告人之利益计，而由检事控訴者，亦同。”^[34]禁止不利益变更原则是指仅有刑事被告人一方提出上诉时，法院不得改判重于原判刑罚的原则。该原则主要有利于保障被告人上诉权，促使下级法院严

[30] 陈卫东、李奋飞：《刑事二审“全面审查原则”的理性反思》，《中国人民大学学报》2001年第2期，第78页以下。

[31] 《沈家本等奏〈刑事訴訟律〉草案告成装册呈览折》，参见前引〔28〕，吴宏耀等主编书，第109页。

[32] 前引〔28〕，吴宏耀等主编书，第109页。

[33] 民国初年，由于全国未能普设法院，部分地方由县知事兼理司法。原告诉人对于县知事判决案件不服提起控訴的案件，经检察官主张或同意，第二审可以书面审理，但以事实法律无重大错误且非命劫案件为限。参见大理院判决例“六年上字第九三八号”，载吴宏耀、郭恒编校：《1911年刑事訴訟律（草案）——立法理由、判决例及解释例》，中国政法大学出版社2011年版，第328页以下。

[34] 《新译日本法规大全》第2卷，李秀清点校，商务印书馆2007年版，第620页。

格依法裁判。清末立法者直接排除这一原则，其中原因，值得深思。时至今日，虽然我国在立法上确立了这一法律原则，在现实中却不得不面临屡被规避和质疑的尴尬境地。^[35]

（三）法律词语之演变

法言法语的专业性、抽象性决定了在引介外来法的过程中，法律词语的创造、翻译是至关重要的一环。词语输入和制度引入也反映了法治观念的变化。日本在引进西方法学之初，创立了大量的法学词语，这些词语既有借助汉字重构新词，也有少部分沿用古文古义。^[36] 1880年，日本颁布治罪法和刑法（日本称“旧刑法”），正式开始建立近代西方式法律体系。1887年，黄遵宪《日本国志·刑法志》第一次系统地把日本西化的法制引介于国内，同时借助日本的翻译把西方（主要是法国）的法律语言介绍给中国。其后，以日本为媒，西方法制、法学和法律语言开始大规模进入中国。大致来说，清末民初中国法律词语的近代化经历了以下三个阶段：

第一阶段，以传统法律词语为主，部分借用外来词汇。法制初创之际，传统法制和法学仍占主导地位。由于条件限制，改革者更多是在保持传统法制的基础上，引入部分新制度和词语，以期通过修修补补，应对改革需要。最早拟定的《刑事民事诉讼法（草案）》仍以固有法为主，保留大量传统法的概念和词语，如“上控”“公堂”“覆审”“两造”“谋杀”“故杀”“关提”“判词”“控词”等。上述词语在现代大多废弃不用，即使偶有出现，其语意亦和现代用法不同。例如，古代之“谋杀”和现代刑法上的“预谋杀人”（杀人罪的预备犯）显然不同。与此同时，这一阶段开始引入一些新的外来法律词语，如“刑事”“民事”“陪审”“律师”等。

第二阶段，大规模移植日本法制，外来法言法语逐渐占据主导地位。在对西方法制和法学翻译、学习的基础上，第二阶段以引进西方法为主，大规模移植日本法制和法学，采用“改换读音加以解说之法”，在较短时间内把西方法律概念大规模移植入中国，从而奠定了20世纪中国法学的语言基础。^[37]《大理院审判编制法》在保留“京控”“上控”等传统词语的同时，开始大量使用“控诉”“上告”“国事犯”等外来词。^[38]“控诉”“上告”两词古已有之，均用来指向官府告状。如《元典章》载：“人民词讼之剧，多有不候本路归结，越经省府按察司控诉。”^[39]日本近代法学则赋予这两个词语特定法学含义。日本1880年治罪法定义不服一审判决提起的上诉为“控诉”，不服二审裁判而提起的上诉为“上告”。在此新法初入之际，为帮助国人理解新词语，当时的法学界也往往用一些中国原有词语概念去解释和认识新法。如1907年由上海商务印书馆出版的《新译日本法规大全·法规解字》使用大家熟悉的“上控”来解释“控诉”和“上告”，用“申诉”来解释“上诉”。^[40]随着

[35] 前引[3]，武小凤文，第73页以下。

[36] 参见李贵连：《近代中国法制与法学》，北京大学出版社2002年版，第202页以下。

[37] 同上。

[38] “国事犯”来自1880年日本旧刑法，其中第二篇第二章规定国事罪是“关系全国安危存亡，利害所及极大”之犯罪。参见黄遵宪：《日本国志》，天津人民出版社2005年版，第737页。

[39] 《元典章》，陈高华等点校，中华书局、天津古籍出版社2011年版，第1752页。

[40] “不服区裁判之初审及地方裁判所之初审而上控者，名曰控诉”；“不服地方裁判所之第二审，及控诉院之第二审而上控者，名曰上告”；“不服裁判所之判决，再向上级裁判所申诉者，名曰上诉。上诉之方法有三：曰控诉；曰上告；曰抗告”。《新译日本法规大全·法规解字》，何勤华点校，商务印书馆2007年版，第4页，第66页。

移植的不断扩大,外来制度和词语逐渐占据主导地位,“上控”“京控”等固有词语迅速消失于时代转型之中。

第三阶段为在移植基础上的消化改造。随着西法大规模进入中国,一些对中西法制和语言文化有较深认识的法律人逐渐对移植而来的这套语言体系心生不足,开始有意识从中国传统文化中寻求合乎国人习惯的替代词,用中国语言去讲述外国法学,并进而构建中国自己的法学和法制体系。用传统词语表达现代意义,而又不失其本意,则可减少改革的阻力,使外来法更易为国人接受。翻译、介绍和移植是中国法学近代化的第一步,其后的祖述和摘拾则是中国人用自己的语言讲述外国法学的开始,是中国法学迈出独立的第一步。若完成此两步骤,则未尝不可能慢慢走出“殖民法学”的境地,而创建民族的中国法学。^[41]

事实上,当时参与立法的法政前辈也确曾努力于法制和法学的中国化。汪荣宝曾在日记中具体描述了自己法律创造的艰难心境:“以民诉律内所用术语多系袭东人名词,思酌量改易。阅渡部万藏《法律大辞典》及上野贞正《法律辞典》,并参考英字,翻检经籍纂诂,反覆斟酌,卒不能一一得确译之字,始叹制作之难”。^[42]在中西之间反复斟酌去留,确非易事。其间,也有成功的例子。例如,《各级审判厅试办章程》《大理院审判编制法》《法院编制法》均沿用日本规定,把对初审裁判不服提起的上诉称为“控诉”,和上告、抗告并列作为上诉的三种形式。《大清刑事诉讼律(草案)》和1921年北京政府颁行的《刑事诉讼条例》则改“控诉”为“控告”,并流传使用。控告、上告、抗告,三者均为“告”,只是所告不同。从语言上,一字之动,更合乎汉语习惯,也更易区别。

(四) 法制理念之变迁

上控和上诉具有较强的制度相似性,但二者在理念和制度所处的政治、经济、法律等大环境上却有较大差异。从上控到上诉的转型,不仅是制度的变迁,更需要理念的转向。

1. 从冤抑到权利

日本学者寺田浩明用“冤抑”和“权利”分别概括中西两种不同的诉讼结构模式。^[43]这一提炼来源于滋贺秀三先生有关中国法文化的整体考察。滋贺以欧洲竞技型诉讼为比较基准,把清代审判概括为“父母官诉讼”。在竞技型诉讼中,当事人以预先存在的为当事人和法官共有的客观规范(“法”)为前提,向法官主张自己的权利或请求得到保护。法官通过重构案件事实,寻找法律规定,做出裁决。判决以穷尽程序而告终。与此不同,清代诉讼并不是按照某种既存客观规范来判定当事人双方的是非曲直,而是以父母对待子女的方式,提示一定的解决方案来平息纠纷,进而谋求双方的互让以及和平相处。这种父母官式的纠纷解决模式本质上是儒家道德一体、仁义结合的政治道德规范和“无讼”社会秩序观的体现。^[44]官员既不会在案件审理中明确区分事实和法律问题,诉讼也不会因“终局判决”而结束。相反,随着时间的推移和事态的发展,只要有一方觉得自己受了“冤抑”,围绕同一标的再次兴讼就成为可能。^[45]简言之,西方诉讼是根据已定“权利”(法)解决纠

[41] 参见蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,第28页以下。

[42] 参见前引[26],胡震文,第30页以下。

[43] 参见[日]寺田浩明:《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》,载前引[1],滋贺秀三等书,第191页以下。

[44] 参见张中秋:《传统中国的法秩序及其构成原理及意义》,《中国法学》2012年第3期,第38页以下。

[45] 参见前引[1],滋贺秀三文,第1页以下。

纷，重在“定分”。名分既定，当事者即使内心不服，在穷尽程序后，也无权再争。清代审判是通过消除“冤抑”，在当事人之间达成新的平衡和妥协，重在“止争”。当然，中西诉讼结构模式在理念上的较大差异，并不排斥二者在制度功能上的某些相似和同一。^[46]

上控是由于地方官员的不公正裁判使自己蒙冤，从而被迫向上控诉。所谓“小民有冤欲白，始至兴讼；有冤难白，始至上控。乃讼之于有司而冤不得伸，控之于上台而冤仍不得伸，始至激为京控”。^[47]逐级上控的过程，也是“冤抑”的叠加和再造过程。“冤”是控的前提，无冤不得上控。否则，上控人便是故意扰乱国家秩序的刁民，应予严惩。“冤抑”存在与否是一个客观问题，更是一个主观感知。相对于西方形式化的“法—权利”诉讼结构，上控中的“冤抑”则很难通过逻辑性推论得以证明。^[48]

与上控不同，上诉的前提是上诉人有上诉权。上诉权是法律赋予上诉人因不服裁判而向上级法院请求重审的一项法定权利，体现了寻求上级法院给予救济的主体意志和愿望。上控到上诉的转型，背后是从“冤抑”到“权利”观念的变化。上控人必须要有实质性正当理由，证明自己在审判中遭受了“冤抑”。而现代刑事诉讼法中，当事人只要“不服”，便可提起上诉，当事人无需有实质性正当理由。权利是先定的、法定的，这是上诉区别于上控的一个重要特点。

2. 从督查到裁判

上控人在表征自己冤抑的同时，也含有对地方官员失职的控诉。皇帝和上层官员通过京控和上控督查地方政府和官员。上控和京控的数量往往被视为官员治理能力甚至道德水平的衡量标准。嘉庆帝认为，“小民健讼刁风，故不可长，若一概禁遏，使民隐不能上达，亦恐覆盆之冤无以上伸。息讼之道，全在地方大小官吏勤于听断。果能案无留牍，曲直皎然，政平讼理，上控之风，将不禁而自息。”^[49]上控固然有“刁民健讼”的因素，更主要在于地方官怠于职守，不勤于听断。上控有利于加强上级对下级司法的督查和控制。上控案件平反后，对于在此前案件审理中出现审拟不当的官员，即使没有贪贿等原因，也要承担定拟不当的责任。^[50]

现代司法制度中，上诉的主要功能在于纠正不当裁判，下级法院不受上级法院影响独立作出裁判。上诉法院虽对下级法院有监督关系，但仅限于司法裁判上的业务，且需要遵守不告不理原则。当案件因上诉而改判时，原审法官除非有贪污受贿等过错原因，并不因错误判决而承担法律责任。《刑事民事诉讼法（草案）》第250条就明确规定，上控案件经上级“覆审后平反或更改原判者”，原审官除贪贿、溺职等情形外，不承担法律责任。从上控到上诉，是政治和司法的适当分离，更有利于实现司法的专业性。

三、民初刑事上诉制度的初步展开

民国初建，国体变更，清末法制改革成果却得以保留。民国元年（1912年）三月十

[46] 参见王志强：《中国法律史叙事中的“判例”》，《中国社会科学》2010年第5期，第137页以下。

[47] 《论京控》，《申报》光绪二年八月十五日。

[48] 参见前引〔43〕，寺田浩明文，第224页以下。

[49] 前引〔22〕，中国第一历史档案馆编书，第23册，第289页。

[50] 参见薛允升：《读例存疑重刊本》卷49，黄静嘉编校，成文出版社1970年版，第1235页以下。

日,临时大总统袁世凯下令在民国法律未经议定颁行前,所有从前施行之法律及新刑律除与民国国体抵触各条外,其余均暂行援用。清末法制改革甚为仓促,刑事上诉程序引进虽初步完成,但初建的司法体制和制度并非中国社会土生土长。新制度在民初被继续援用同时,受传统观念和制度影响,围绕上诉制度也产生了一些问题。本部分选择被害人上诉权、审级、诉讼期间以及判决确定性等制度实施中的突出问题,再现清末民初刑事上诉制度转型的艰难过程,并透视转型背后的政治、文化、传统、心理等深层次因素。

(一) 被害人上诉权

清律规定:“军民人等遇有冤抑之事,应先赴州县衙门具控。如审断不公,再赴该管上司呈明。若再有冤抑,方准来京呈诉。”^[51]传统司法中,无论原告还是被告,对案件均可上控。其中,相当一部分上控人是受害人及其亲属。清末法制改革取法大陆法系,采国家追诉主义,刑事诉讼由检察厅提起,受害人及其亲属对于审判结果不服只能通过检察厅提起上诉。^[52]检察制度排除了被害人在一审(自诉案件除外)程序中的诉讼权和在上诉案件中的上诉权。这一点和我国传统法律规定及民众的一般社会心理相差较大。民众对于只能由检察官代表被害人提起上诉的制度,十分不适应。民初刑诉学者徐朝阳对此颇有微言:“惟值此注重民权时代,举凡被害者均须先向检察官告诉,苟未经检察官起诉者,即不得受法院正式之裁判,揆诸保护人民法益之本旨,容有未周。”^[53]

在民国二年(1913年)大理院所作出的25件刑事上诉决定书中,因被害人提起上诉被驳回的就占5件。^[54]民国大理院的第一份刑事上诉决定书就是对此问题的处理,兹录原文以观其时司法机关对此问题的态度。“大理院刑事决定二年上字第一号(二月十七日)黄邓氏等对于广东高等审判厅就该上告人等籍学骗财案件所为判决不服上告一案:查现行规例已采用国家诉追主义,上告权唯属于检察官及不服第二审判决之被告人,若被害人则无上告权。本案判决无论是否适法,广东高等检察厅检察官及被告人均逾期未经声明上告,被害人陈汉英等依法既不能有上告权,其声明不服之处,本院碍难受理,故特为决定如右:上告驳回。”^[55]同样问题也见之于当时各地方审判厅。^[56]

直至今日,是否应该赋予被害人上诉权问题仍然存有争论。^[57]主流诉讼法理论基于诉讼平衡考虑,反对赋予被害人上诉权;然而,现实社会中当被害人无法在刑事诉讼中通过国家力量实现自己的利益和要求时,则可能求诸上访、私力解决等法律外手段。^[58]法律外手段的频繁使用,会消解司法权威性,降低司法公信力。

[51] 《大清律例》,田涛、郑秦点校,法律出版社1999年版,第473页。

[52] 大理院解释例“统字第13号”载:“《试办章程》‘被害人有上诉权’之规定,因与其后颁布《法院编制法》第九十条第一款规定相抵触,依后法胜于前法之例,当然失其效力;被害人应无上诉权,但得向检察厅申诉。如检察官认为有理由,自当提起上诉”。见郭卫编著:《民国大理院解释例全文汇编》,吴宏耀、郭恒点校,中国政法大学出版社2014年版,第261页以下。

[53] 徐朝阳:《刑事诉讼法通义》,商务印书馆1930年版,第262页。

[54] 参见大理院书记厅编辑:《大理院判例录》,华盛印书局1913年版,第1-10册。

[55] 同上书,第1册,“大理院刑事决定二年上字第一号”。

[56] 大理院解释例“统字第156号”,见前引[52],郭卫编著书,第353页。

[57] 参见姜福先、张明磊:《论刑事公诉案件被害人的上诉权》,《中国刑事法杂志》2005年第2期,第52页以下。

[58] 参见陈如超:《中国刑事案件中的涉鉴上访及其治理》,《北方法学》2014年第1期,第91页以下。

（二）审级

审级主要强调的是法律所规定的审判机关在纵向组织体系上的层级划分关系，以及诉讼案件最多经过几级法院审理后，判决或裁定即发生确定力的诉讼法律制度。^[59]简单来说，审级制度可称之为“几级几审制”。“几级”是指一国法律制度所规定的总的司法体制中可以分为几个层级。“几审”则规定了当事人的上诉权以及与此密切相关的案件可经历的审级次数问题。

《清史稿·刑法志》载：“凡审级，直省以州县正印官为初审。不服，控府、控道、控司、控院，越诉者笞。其有冤抑赴都察院、通政司或步军统领衙门呈诉者，名曰京控。”^[60]有学者据此认为清代以州县为初审，确立了严格的审级制度，甚至有六级六审等奇怪称呼。如果仅仅把审级看作是审判级别，中国古代是有的，且其审级之复杂和精致不亚于其他国家。然而，如果我们按照近代诉讼法意义上的“审级”概念，特别是其背后的价值理念去透视清代司法，便会发现中西之间的似是而非。一方面，近代审级制设置的目的虽然强调司法的正确性和正当性，但更注重司法的统一性和终局性。清代司法以正确性作为核心目标，基本不考虑终局性问题。另一方面，近代审级制度和一事不再理原则、严格法律形式主义的诉讼程式密切相关；^[61]古代中国缺少通过审级来终结裁判、确定裁判的程序性设置。简言之，中国古代有“几级”无“几审”。

按照清代司法逻辑，对于重大案件，可以一直上控，甚至直诉御前。所有案件的最终决定权掌握在皇帝手中。民国之后，如何让民众理解作为最高审级的大理院并非受理所有冤抑案件的机构，即使重大冤狱也必须按照司法管辖级别审理，大理院费了一番心思。民国元年的“外省民事上告案件应由原审衙门转送通告”云：“民事上告案件除在京师高等审判厅判决者，得由上告人或代理人赴院呈递上告状外，其各省上告案件概由当事人在原审衙门呈递上告状，如声明上告已逾上告期间或在高等厅已为终审，及未经第一审第二审径行对于本院请求审理者，均由高等审判厅以决定驳回，并将决定书送达当事人。”^[62]

此通告中予以驳回的三种情形，除越诉外，其他两种情形清代司法均未规定。从原来可以“千方百计上京城”到现在不同案件的终审分流，普通百姓似乎还需要一个适应过程。《大清刑事诉讼律（草案）》按语中载明“本律分诉讼审级为第一审、第二审及第三审。第一审即初审，第三审即终审。谓曰三审制度。”审级并不是一个国家设置的审判的级别，而是一个案件可能经过的审判级别。清末四级三审制的核心在于“三审”而不是四级。朝阳大学的讲义上把审级定义为“第一审、第二审及第三审之间的关系”，也是基于同样的道理。^[63]

有学者认为：“比较法考察和历史考察表明，各国审级制度的建构思路以立法者对于司

[59] 参见尹丽华：《刑事上诉制度研究——以一审终审为基础》，中国法制出版社2006年版，第23页；顾永忠：《刑事上诉程序研究》，中国政法大学2003年博士论文，第59页。

[60] 古代中国法典，如《唐律疏议》《大清律例》等并无“审级”一词，法律条文中较早出现该词是在1910年颁布的《各级审判厅试办章程》。《清史稿·刑法志》编纂于民国时期，其时“审级”等法学语词已经普遍使用，是以编纂者未加深思，直接沿用。

[61] 参见陈瑞华：《刑事审判原理论》，北京大学出版社2003年版，第173页以下。

[62] “元年十一月十六日大理院特字一二号”，余绍宋编：《司法例规》，司法部1922年版，第946页。

[63] 参见〔日〕冈田朝太郎口授：《刑事诉讼法》，吴宏耀、Timothy Webster点校，中国政法大学出版社2012年版，第56页。

法统一性、正确性、正当性、终局性、权威性价值目标的认同为基础。”〔64〕如果说中国传统的上控和“逐级复核”制在促进规则治理（法律统一使用）和“纠错”（保证判决正确）方面，和现代上诉制度一样发生作用的话，〔65〕司法终局性的缺失，却是二者最大的区别。而司法的终局性又恰恰是审级制度最核心的内涵和最基本的特征。〔66〕

（三）诉讼期间

审级制度是由诉讼期间等一系列技术规范保证实施的。为保证诉讼活动正常进行，及时正确处理案件，并保护诉讼当事人的诉讼权利以及公民人身权利不受非法侵犯，现代诉讼法明确规定了诉讼期间。上诉期限乃期间的一种，具体是指当事人及其法定代理人不服法院的判决或裁定，向上一级法院提起上诉时必须遵守的法定期限。

清代司法追求“案情确凿、引断允协、罪名恰当”，发现案件事实、正确定罪处刑是其核心宗旨。司法中无“判决”，也无所谓上诉期限的规定。只要发现新的证据，随时都可能再次启动审判程序。〔67〕清末引进西方诉讼制度，规定了上诉期限，“凡逾上诉期限而不上诉者，其原判词即为确定”。上诉期限保证了判决的“确定性”，一定程度上有利于减少传统司法中翻控不已，缠讼不休的情形。

其实，不仅是一般民众，即使是当时代表国家行使刑事上诉权的检察官，也对上诉期限相当隔膜。民国二年二月十七日，大理院就“黑龙江高等检察厅检察官对于同级审判厅就张广志杀人案件所为判决声明上告一案”做出决定，认为上告人在法定期限外提出上告，因此驳回上告。〔68〕在民国二年大理院做出的25件决定中，除了1件关于大赦和5件驳回被害人上诉，其余19件均为因超过上诉期限而被驳回的案件。被驳回者既有案件当事人，也有代表国家的检察官。上诉期限的有无看似是一个技术性问题，其背后恰恰体现了对司法目的和程序价值的不同认识。通过程序来终结诉讼、确定判决，对于法制现代化开始百年后的现代多数民众而言，似乎仍有一个接受的过程。

（四）判决确定性

学界对司法或判决“确定性”的概念用法多样。本文是指司法或判决的终局性，即司法机关对诉讼案件的裁判是结论性的和最终的。除非有法定的理由，案件已有的判决结果不能被破坏，当事人也不能再提起控诉，控诉也不能被受理。判决确定性是现代司法的本质要素之一。因为“没有终局性的司法，是不可能产生权威性的。司法一旦失去了权威性，也就失去了存在的价值”。〔69〕

然而，研究中国传统司法的多数学者，却一致得出了中国古代司法没有确定性的结论。滋

〔64〕 参见傅郁林：《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》，《中国社会科学》2000年第4期，第84页以下。

〔65〕 参见前引〔4〕，于明文，第13页以下。

〔66〕 “以重复审判的方式追求司法的正确性和正当性必须以维护司法终局性和权威性为前提，否则，如果这种追求以破坏终局性为代价，那么案件的审判次数越多，则司法的正当性和权威性越少。判决不被随意推翻，是审判权威最基本和最本质的内容，司法的终局性作为审级制度的核心内涵，它以司法的统一性、正确性和正当性为基础，又反过来决定着司法的正当性和统一性。”前引〔64〕，傅郁林文，第84页以下。

〔67〕 汉初规定“狱已决盈一岁，不得气（乞）鞠”，后把申诉的时效改为三个月。清代并无对上控期间的规定。参见朱红林：《张家山汉简〈二年律令〉集释》，社会科学文献出版社2005年版，第77页。

〔68〕 参见前引〔54〕，大理院书记厅编辑书，第1册。

〔69〕 参见前引〔59〕，顾永忠文，第63页。

贺秀三认为，“作为欧洲刑事诉讼本质要素的判定这一契机”在中国的司法制度中是完全缺乏的。^[70] 爱德华认为，在中国“只要当事人仍然觉得不公平，他总是可以请求统治阶层复审”。^[71] 以研究京控著名的欧中坦教授说，清代“没有任何最终的处理（定案不再理）或一事不再理的禁令，受害人和被告可以一再地上诉”。^[72] 即使是在裁决做出若干年后，当事人也可能通过不停“翻异”上控，促使官员去改判。^[73] 因此，王亚新总结上述观点为“法官的任何判断都不具有形式上的确定力”。^[74] 非终局性是实质正义观的反映，体现了对规则和程序能够实现公正这一理念的深刻怀疑，继而反映了对人类能够公正司法的能力的不信任。^[75]

现代上诉制度中，一旦穷尽司法程序，判决即告确定。清末民初各种法学著作和立法理由中都强调判决的确定性和终局性。《新译日本法规大全·法规解字》解释“确定判决”为：“判决不服，准其上诉。然上诉有一定之期限，过期不准，故判决已经过上诉期限者，及经第三审判决者，名曰确定判决”；^[76] “终局判决。裁判官对于讼案，经此判断而终结，不再为之审理者，名曰终局判决”。^[77] 现代上诉制度正是通过期限、审级等制度保证判决在形式上的确定力。当然，如果有法定理由，也可以通过再审、非常上诉等途径改变判决。

清末民初司法实践中，民众对于经由司法程序建构判决确定性也经历了一个逐步理解、适应的过程。上诉期限届满或穷尽上诉审程序后仍希求翻案者不乏其人。民国三年（1914年），山东检察厅的一份报告中还称：“查刑事被告人于上诉经过后数日，或数月，或数年，仍有希图翻异声明上诉者，奉钧厅批示，此类案件，无论有无理由，均应送请审判厅以决定驳回遵办在案。”^[78] 对案件结果的不认同而通过不断上诉去寻求案件的复审，从而导致案件判而不决、终审不终。

从上述几点来看，随着司法和行政分立，各级审判机构的成立，特别是近代西方司法制度的引进和实施，原有上控逐渐被上诉所取代。虽然二者在制度设置上存在一定相似性，但其背后价值追求的不同以及具体技术规范上的差异，使得民初上诉制度在司法实践中出现了一些问题。技术性规范的扞格不合可以通过知识普及、制度改进获得一定程度解决。有些问题则较为复杂，必须努力沟通中西，找到一条适合中国的路径。例如，被害人是否应给予上诉权问题较为复杂，但刑事和解制度上的创新则较大地缓解了这一问题。^[79] 对于判决确定性、审级制度这些更深层次的问题以及附带而来的终审不终、缠诉缠访等矛盾，则需要假以时日通过制度创新和理念更新去解决。党的十八届四中全会提出，要“完善审级制度……实现二审终审”，说明在现代审级制度建立上我们仍有许多工作要做。

[70] 参见前引〔1〕，滋贺秀三文，第10页。

[71] 参见於兴中：《非终局性、“青天大人”与超级法官赫尔克里斯——兼论传统中国的公正观》，《杭州师范大学学报（社会科学版）》2012年第5期，第102页以下。

[72] 参见前引〔4〕，欧中坦文，第527页。

[73] “康熙三十九年覆准：奸徒包揽词讼，有不由州县，径行奔赴上控者；有已经结案多年，希图翻案者；有污蔑问官、牵告衙役、罗织多人者。此等讼棍应按光棍例定拟，以儆刁风”。光绪《清会典事例》卷八一九，中华书局1991年版，第940页。

[74] 王亚新：《关于滋贺秀三教授论文的解说》，载前引〔1〕，滋贺秀三等书，第107页。

[75] 参见前引〔71〕，於兴中文，第473页。

[76] 前引〔40〕，何勤华点校书，第103页。

[77] 同上书，第113页。

[78] 大理院解释例“统字第319号”，载前引〔52〕，郭卫编著书，第446页。

[79] 参见陈卫东：《构建中国特色刑事特别程序》，《中国法学》2011年第6期，第32页以下。

结 语

作为一种法律救济途径,上控与渊源于西方的上诉既有制度内容、功能等方面的相似性,也有生成环境、价值理念和镶嵌其中的整体司法制度和体制的差异。相似性为法制转型提供了引介基础,在短时期内推动了新制度的建立和初步运行。然而,随着实践的不断深入,理念、体制等深层次差异导致的问题逐渐得以显现。以往研究更多从应然层面,强调引入制度的先进性和固有环境法治土壤的缺乏。既忽视了中西沟通的可能性,也较少在比较视野下追根溯源去研究中国传统法律制度中可资转化的资源。有鉴于此,近年来中外学者努力从比较历史角度对一些问题展开讨论,把中国法律史的研究向前推向了一个新的阶段,加深了对传统中国法律的认识,也增加了古今沟通的可能性。^[80]

法制改革的成功从来都不是简单的模仿、移植和借用,也很少能一蹴而就。无论是清末民初上诉制度的艰难转型,还是当前司法改革的“去行政化”“去地方化”,都既没有必要言必称欧美、亦步亦趋,也没必要美化过去。在胶着不下之时,回到制度生成的原点,也许会有不一样的发现。

Abstract: During the legal reform in the late Qing Dynasty and the early Republic of China, the ancient Chinese traditional criminal appeal (*Shangkong*) was replaced with the modern appeal system from the West. The primary institutional aim of *Shangkong* and appeal is to rehabilitate the unjust decision and ensure judicial justice. The two institutions have some similarities in content, function and idea, which provided convenient conditions for legal transplantation in the late Qing Dynasty, and made the appeal system developed smoothly in modern China. However, *Shangkong* and appeal are two different institutions embedded in the traditional and modern system respectively. The focus of *Shangkong* is administrative control, while appeal is centered on the facts of the case and the application of the rules. At the time of the legal transformation, the functions of social control, information transmission of governance and supervision of officials carried by *Shangkong* were removed, while the new criminal appeal system was endowed with modern judicial functions such as unified application of law, finality of judgment, protection of the rights of defendants, and so on. In judicial practice, a series of problems arose in the beginning of the Republic of China about whether the victim should be given the right of appeal, the certainty of judgment, the principle of prohibiting the change of interest, term for appeal, and so on. The use of comparative historical legal methods to study these problems that still appear in the current judiciary is helpful to understand and promote the current judicial reform.

Key Words: *Shangkong*, appeal, the transformation of legal system, judicial reform

[80] 参见 [美] 络德睦:《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第64页以下;前引[46],王志强文,第137页以下。