

我国刑事审级制度的建构与反思

易延友*

内容提要：裁判的正当性和裁判的终局性是刑事审级制度建构的两大基本目标。我国两审终审制的建构基本上遵循了大陆法系的模式，但第一审程序在吸收不满、保障裁判的正当性方面存在着先天的不足；第二审程序的某些方面亦有待完善，其在司法实践中表现为，裁判的终局性几乎不成问题，但裁判的正当性则主要来源于实体的正确性。我国刑事审级制度的改革与完善，首先应当着眼于从第一审程序加强裁判的程序正当性，其次应当对第二审程序加以完善，并在完善再审制度的基础上赋予当事人更多的上诉机会，从而使终局的裁判更加具有正当性。

关键词：裁判正当性 终局性 上诉 再审

引 言

本文以我国刑事审级制度为研究对象，以探查其设计原理、制度结构与实践效果为基本目标。研究分两个层次：一是在制度的层面上，拟探寻审级制度建构的基本原理，以此作为评判我国审级制度得失的基本依据；二是在实践的层面上，对1987年至2006年这二十年间《中国法律年鉴》提供的相关统计数据进行分析，以获得对我国审级制度评价的事实基础。

审级制度的设计牵涉到多种价值目标，本文以裁判的正当性与终局性为研究重心，对两大法系审级制度的建构模式进行比较，分析两大法系在审级制度建构方面的共性与个性；阐述我国刑事诉讼法界定的审级制度模式类型，指出其构造的基本特征；分析上诉与再审程序在实践中的应用，对当前存在的针对审级制度建构的批评进行评析和检讨；在此基础上，提出对我国审级制度进行改革的建议。

一、审级制度的价值目标

（一）吸收不满、加强裁判的正当性

任何一个诉讼程序都必须追求裁判的正当性。韦伯指出：当一项规则、习惯、命令或制度“具有楷模和必须履行的威望”时，它就是“正当的”。〔1〕因此，所谓裁判的正当性就是指裁判

* 清华大学法学院副教授。

〔1〕 Max Rheinstein(ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, 1954, p. 4. 转引自 [美] 劳伦斯·M·弗里德曼：《法律制度——从社会科学角度观察》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社2004年版，第130页。

结果所具有的使当事人双方和社会公众自愿服从的权威力量。一个裁判获得服从，可以来自人们对于国家强制性权力的畏惧，也可以来自对于裁判结果在实体上的真实信赖，还可以来自对程序本身所具备的要素的衷心诚服。但是，依靠强力获得的服从并不必然表明这种裁判具有正当性，因为强力本身还存在一个正当性的问题。因此，在现代社会，裁判的服从虽然也以国家强制力为最终保证，但其正当性则主要是裁判结果在实体上的可接受性和程序上吸收不满的能力。

按照韦伯的观点，一项规则或制度或决定的合法性可以有三种来源：一是传统即长者的权威，二是领袖人物的超凡魅力，三是理性。^{〔2〕}通常情况下，一个实体上真实且公正的裁判总是会比实体上不真实或者不公正的裁判更加容易获得正当性。但是，一方面，由于诉讼是在一个有限的时间和空间中认定案件事实，不能像科学家们的实验室研究一样，一次失败了可以再来一次，甚至一代人解决不了的科学猜想还可以由下一代人来进行，因此，实体的真实并非总是能够获得，程序的公正从而有了用武之地。另一方面，实体的公正是一个需要通过程序加以界定的概念，很多情况下实体公正的界限是十分模糊的，因此，通过一个公正的程序达成的结果，往往比抽象的实体公正更加容易接受。^{〔3〕}诚如季卫东先生所言，“程序要件不充分的决定，即使其目的是正当的，也容易引起争论，从而造成执行上的阻碍。如果要强行实施之，那么就会给社会以一种被放大的压抑感；而如果试图解释说服，那么就只能是事倍功半。”^{〔4〕}程序正义的观念得以形成并获得普遍认同，乃是因为它对于实现裁判的正当性而言是一个不可或缺的工具，因为它可以通过吸收不满，使裁判更加容易具有可接受性。

之所以存在上诉制度，也是因为裁判的正当性可以通过上诉审的程序得到加强。具体而言，上诉审程序对于裁判正当性的作用主要通过三个方面来发挥：首先，上诉审程序可通过上级法官对案件事实和法律适用的审查，对第一审法官在认定事实和适用法律两方面构成约束，从而保证第一审程序中提高裁判事实精确性的法律设置能够切实发挥作用；其次，在实行全面审查的上诉审程序之下，上诉审还可以通过审查，发现第一审程序在认定事实或适用法律方面的错误并予以纠正，确保最终裁判的正确性，从而实现裁判的正当性；再次，上诉审程序本身也可以通过程序性要素的满足来为遭受不利于己之裁判的当事人提供发泄不满的途径，通过对第一审认定事实和适用法律的再次确认，加强裁判的权威性。对此，傅郁林博士指出：“过于简易的决策过程往往使当事人对判决结果产生怀疑，不满于一次判决的当事人如果拥有一次倾泻的机会，获得上一级法院的复审，那么程序的复杂性、法官人数的增加、审判者司法等级上的权威性，都可能令人感觉案件已经过慎重处理。”^{〔5〕}审级的增加有助于强化当事人感觉上的正当性。

（二）终结诉讼、获得裁判的终局性

裁判的终局性是指一个裁判结束纠纷、终止诉讼的能力。任何诉讼几乎都不会出现皆大欢喜的结果，因此任何遭受不利于己裁判的当事人都有可能针对既有的结局再次提出诉讼。如果允许当事人无休止地进行诉讼，无数次地提出上诉或申诉，那么，最终获得胜利的就不是掌握真理或正义的一方，而是对诉讼更有毅力、更加锲而不舍的一方；当然，也可能在理论上根本就不存在

〔2〕 参见 [德] 马克思·韦伯：《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆 1998 年版，第 241 页；[德] 韦伯：《支配的类型：韦伯选集（III）（修订版）》，康乐等编译，台北远流出版社 2001 年版，第 7 页。

〔3〕 程序正义观念之所以最早在英国出现并和陪审团审判制度密不可分，就是因为实体正义难以精确界定。在陪审团审判制度下，陪审团的裁决并不说明理由，其结论的性质就像“神的声音”那样拥有绝对的权威。谷口安平指出：“在这样的制度下，结果是否合乎客观真实无从检验，只能由程序的正确来间接地支持结果的妥当性，程序的问题具有极其重大的意义是显而易见的。”参见 [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 5 页。

〔4〕 季卫东：《法律程序的意义》，载季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 37 页。

〔5〕 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》2002 年第 4 期。

“最终获胜”的一方。如此一来，整个社会的法律关系就有可能一直处于动荡不安的境地，裁判的安定性将受到毁灭性的打击。因此，裁判的终局性也是任何一个诉讼不得不加以解决的问题。

裁判的终局性固然依赖于诉讼双方对于裁判结果的接受和服从，但是，这种接受和服从决不能简单地建立在暴力威慑的基础上。相反，它必须具备一定的正当性基础。一个没有正当性的裁判，必然是激发无尽不满的源泉；一个具有正当性的裁判，虽然使遭受不利于己的当事人感情上不悦，但却仍然可以获得当事人理智上心平气和的接受。因此，裁判的正当性往往是裁判终局性的基础。

从以上角度来理解审级制度，不难得出这样的结论：第一审程序侧重于追求实体上的正确性和程序的正义，以最大限度地提高裁判中认定事实的精确性和适用法律的准确性，同时通过程序要素的满足尽可能地吸收不满，加强裁判的正当性即可接受性。上诉审程序（包括有些国家的第三审程序）则具有两方面的功能：一是通过监督第一审程序的相应机制切实发挥作用，保证第一审程序尽量地提高发现真实的精确性和适用法律的准确性；同时通过赋予当事人尤其是遭受不利于己的裁判的当事人发泄不满的途径，加强裁判的正当性；二是通过第二审甚至第三审程序终结诉讼，实现裁判的终局性。其中，裁判的终局性在很大程度上依赖于其吸收不满的能力。一个能够充分发挥吸收不满功能的上诉程序，通常也就能通过裁判的正当性而获得终局性。一个不能吸收不满、甚至强化不满、不断地激发不满的程序，自然无法实现裁判的正当性和终局性。

二、两大法系审级制度建构之比较

在西方国家，无论是裁判的正当性还是终局性都得到很好的强调，其审级制度的建构也大体上围绕这两大价值目标来进行。但是，在裁判正当性的来源和终局性的实现途径方面，两大法系又各自呈现出一些不同的特征。具体而言，其共性表现为第一审程序通常被委以重任，视为实现裁判正当性的主要程序并为裁判终局性奠定基础。其个性则表现为，英美法系在第一审程序加强裁判正当性的基础上，之后的所有救济程序均为实现第一审程序性要素的满足为目标，救济程序不再被直接当作吸收不满的机制来对待，而是当作检验第一审程序是否能够吸收不满的机制来对待，因此其上诉通常仅限于法律问题，并且主要是程序问题和证据的可采性问题，而几乎不涉及事实问题，也不涉及证据的审查判断问题。但在大陆法系，上诉程序则被视为第一审程序的重要补充，其既具有监督下级法院程序性要素满足的功能，也具有吸收不满的功能。以下首先对其共性进行介绍，然后分别介绍英美法系和大陆法系不同的审级模式。

（一）无论大陆法系还是英美法系，第一审程序均被委以重任，最高法院则不承担第一审的功能

两大法系刑事司法制度及刑事诉讼程序在诸多方面存在明显的区别，但是在审级制度的建构方面，两大法系不约而同地对第一审程序给予充分的关注，基本上将裁判正当性这一重任委诸第一审程序，而将定罪后的上诉、抗诉、抗告等制度作为第一审加强裁判正当性的补充手段。^{〔6〕}

〔6〕 第一审程序被委以重任，这是两大法系一个共同的特征。但这并不表明两大法系在第一审程序设计方面没有区别。相反，二者在目标上虽然一致，但在实现目标的渠道方面却不尽相同，甚至大不相同。具体而言，大陆法系比较强调实体结果的正确性，英美法系比较强调程序的正当性。在这一基调之下，大陆法系的诉讼程序基本上实行职权主义，英美法系的诉讼程序基本上属于当事人主义。另外，英美法系实行对证据进行过滤以防止事实法官形成错误心证的可采性规则，大陆法系则实行几乎对所有证据一律放开的完全的自由心证主义。同时，以美国为代表的英美法系发展出了以保障被告人宪法权利为中心的非法证据排除规则；在欧洲大陆及英国，虽然也有非法证据的排除，但其实施却是个别的而不是普遍的，而且有赖于法官的自由裁量。See Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. Pa. L. Rev. 506 (1972); Craig M. Bradley, *The Exclusionary Rule In Germany*, 97 Harv. L. Rev. 961 (1983); Barry F. Shanks, *Comparative Analysis of The Exclusionary Rule and Its Alternatives*, 57 Tul. L. Rev. 648 (1983).

第一审程序被委以重任的结论,可以由以下几个方面获得支持。首先,被告人被赋予诸多权利,以保障第一审审判的公正进行。在侦查阶段,犯罪嫌疑人、被告人即享有沉默权、讯问时的律师在场权、不受非法搜查与扣押的权利、获得保释的权利等。^{〔7〕}审判阶段,被告人通常享有与不利于己的证人当庭对质的权利、申请法庭强制传唤有利于己的证人出庭作证的权利、获得律师有效帮助的权利等。在审判后,还享有不得因上诉而遭致更加不利的处罚、反对双重归罪等权利。其次,犯罪嫌疑人、被告人在正式的审判之前即享有针对侦查措施提出上诉的权利,以便侦查行为能够接受上诉法院的审查,这一机制可以大大提高侦查的质量,防止不够审判条件的案件进入审判程序。^{〔8〕}再次,初审法官的职能受到相当的重视。在英国,治安法官虽然并未采取所谓的精英主义,^{〔9〕}而是由一些平民甚至家庭妇女组成,但是其在德行方面的要求并不逊色于上诉法院的法官。根据《大法官对治安法官咨询委员会的指示》,治安法官要求在品质上有“良好的声誉、理解能力、表达能力、社会洞察力,成熟,良好的气质,敏锐的判断力,守信而可靠。”^{〔10〕}另外,其独立的司法制度也可保证这些法官独立且中立地行使职权。在美国,对初审法官的思想、情感和品格的要求丝毫不亚于对上诉法官甚至联邦最高法院法官的要求。^{〔11〕}在欧洲大陆国家,对法官的遴选程序也相当严格,法官地位虽不如美国法官那样显赫,但其薪资及职业荣誉感均可保证法官对职位的珍惜。

除了第一审程序被委以重任以外,两大法系还有一个共同之处就是最高法院不承担第一审的任务。最高法院的任务主要是指导和监督下级法院的审判,并负责法律解释的统一性以及法律政策的制定和监督执行,不涉及第一审的实际审判。究其原理,应当有以下因素:一是从知识构成方面看,最高法院的法官在事实探知方面并不优于下级法院的法官,但是其对法律政策的把握却通常比下级法院的法官更加熟稔,因此其专注于法律政策的统一和实施更有利于发挥其所长,提高工作的效率;如果还要承担第一审的审理,势必分散其精力,不利于其主要功能的发挥。二是从吸收不满的角度来看,由最高法院进行第一审审理,必定导致一审终审,虽然最高法院具有最高的权威性,但是由其审理的案件也必定是最具有轰动效应、最具有全国影响甚至有可能对国家的政治方向产生重大影响的案件,因此一审终审仍然会给人感觉上比较轻率的印象,不利于加强裁判的正当性。

(二) 英美法系监督模式的上诉审查:以美国为典型

英美法系曾一度对被告人的上诉权进行限制。在英国,直到1907年之前,还不存在对刑事案件的一般性的上诉审查;刑事上诉法院是1907年根据议会颁布的制定法设立的。^{〔12〕}对于法官审理的案件,被告人上诉需要经过申请获得许可。另外,直到1907年,其《刑事上诉法》还规

〔7〕 在英美法系,理论上强调控辩双方的平等武装。大陆法系虽不太强调平等武装的问题,但对于人权保障的强调也是毫不含糊的。只不过,英美法系人权保障在刑事诉讼中以“公平竞争”理论获得正当性,而大陆法系人权保障以发现真实理论获得正当性。

〔8〕 这种针对侦查措施的上诉程序不仅存在于英美法系,而且存在于大陆法系。例如在德国,其抗告程序就是针对侦查决定提起上诉的程序,其功能显然是加强裁判的正当性,因为它的目的是为了保证第一审程序的质量。

〔9〕 有关治安法官的起源及发展,参见 Charles Austin Beard, *The Office of Justice of the Peace in England: In Its Origin and Development*, University Press of the Pacific, 2002.

〔10〕 *How to Become a Magistrate and Judicial Appointments Annual Report 1999—2000*, LCD website, www.open.gov.uk/lcd, chap. 5.

〔11〕 Harry Jones, *The Trial Judge—Role Analysis and Profile*, in Harry Jones (ed.), *The Courts, the Public, and the Law Explosion*, 1965. 中译本出自宋冰编:《读本:美国与德国的司法制度及司法程序》,中国政法大学出版社1998年版,第427页。

〔12〕 Report by Dean Daniel J. Meador, *The Review of Criminal Sentences in England*, in Advisory Committee on Sentencing and Review (ed.), *Standard Relating to Appellate Review of Sentences*, ABA 1967, p. 103.

定，除非法庭另有命令，否则若被告人的上诉申请被拒绝，则其申请上诉许可期间被关押的时间不能折抵刑期。该规定虽然在1966年被撤销，但新的规则是，只有在存在特别命令的情况下，被告人在申请上诉许可期间被关押的时间才不能折抵刑期。换句话说，如果有特别的命令，则被告人申请上诉的时间仍然可以不折抵刑期。据称，这一制度的目的在于阻止毫无希望的上诉申请。^[13]在美国，直到1894年，其联邦最高法院的判决仍然声称，由上诉法院审查被告人被定罪的裁决并非正当程序的组成部分。^[14]直到如今，尽管被告人有很多上诉的机会，但是并不享有普遍的上诉权利。^[15]在很多州，重罪案件的被告人通常有权将其案件上诉至中间上诉法院；但在没有中间上诉法院的州，其案件是否可以上诉至州最高法院要由州最高法院审查决定。因此，在英美法系，上诉、抗诉等不过是加强裁判正当性的补充手段。诚如美国学者所言：初审判决在上诉法院多数获得维持；在相当多的案件中，当事人并无胜诉的希望，上诉只是一种拖延战术；对律师而言，上诉则是安抚失望而不服的当事人的手段，以向其表明律师已经尽其所能。^[16]因此在英美法系，除死刑案件以外（英国已经废除死刑），所有刑事案件，如果按中国人的理解方式，均是实行“一审终审”，一锤定音。

但这并不表明英美法系国家没有对第一审裁判的救济程序。相反，法律仍然赋予当事人很多上诉的“机会”。在英国，被治安法院定罪的被告人可以向刑事法院提出上诉；在判决存在法律错误或者超出司法管辖权的情况下，还可向高等法院的地区法庭提出上诉；由陪审团定罪的重罪案件被告人可以向上诉法院提出上诉，不服上诉法院裁决还可以向上议院的法律议员提出上诉。^[17]由于美国实行的是联邦制，因此其上诉渠道更加丰富。在州一级，如果当事人不服州法院的判决，可以向州上诉法院上诉，直至上诉至州最高法院。此外，当事人还可以向联邦法院申请人身保护令，如遭拒绝，还可向联邦上诉法院提出上诉，直至最终上诉至联邦最高法院。^[18]

如果将英美法系针对已生效裁判的抗议也称为“上诉”，则其上诉审主要起监督作用，这种特征尤其以美国为甚。^[19]在美国，上诉审程序基本上不涉及事实的认定，而是完全将认定事实的责任交给第一审的法院和法官。在理论上根本不承认第一审程序存在着独立于法律程序的事实错误。即便上诉审^[20]发回重审从而改变原第一审认定的事实，其理由也是程序上出了错误而不是事实认定出了错误。其理论基础在于：第一，在对抗制之下，事实仅仅是程序的副产品，没有程序就没有事实。法律程序的设计就是通过对抗制来由控辩双方界定争点、构造事实。换句话说，事实是“构造”出来的，而不是法庭“探究”得来的。^[21]因此，只要没有违反程序，这个事实就被认为是符合真实的。这也是为什么英美的法院强调“未在法庭上提出的，视为不存在”、

[13] 参见 [英] 麦高伟、威尔逊主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，法律出版社2003年版，第443页。

[14] *McKane v. Durston*, 153 U. S. 684 (1894).

[15] Yale Kamisar, Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel & Nancy J. King, *Modern Criminal Procedure: Cases—Comments—Questions*, 11th ed., Thomson/West, 2005, p. 1584.

[16] 前引 [11]，宋冰编书，第428页。

[17] John Sprak, *Emmins on Criminal Procedure*, 8th ed., Blackstone Press Limited, 2000, chap. 24 and 25.

[18] 前引 [15]，Yale Kamisar 等书，第1630页以下。

[19] 美国的程序设计本来是模仿英国的。直到19世纪中期，无论英国还是美国的上诉法院都只撤销判决，决无复审行为；但是后来英国逐渐发生变化。如今在英国，在治安法院被判有罪的被告人如果所作的是无罪答辩，则其可以向刑事法院提出上诉，该上诉属于重新审判性的上诉，在这一上诉程序中，控辩双方均可举出新的证据，重新给出自己主张的理由。所以现在单纯实行监督模式的也就主要以美国为代表。

[20] 在美国，刑事案件除死刑案件以外，其审判基本上一审终结，所有的上诉都属于裁判效力确定后的上诉，因此美国基本上不存在我国意义上的“第二审程序”。也因此，本文称其第一审之后的上诉程序为“上诉审程序”，以区别于我国的第二审程序。

[21] Herbert Packer, *Two Models of the Criminal Procedure*, 113 U. Pa. L. Rev. 1—68.

“未经法庭辩论的事实，视为不是事实”的原因。第二，从认识论的角度来说，法官对于事实的认定并不比一般人强，这是为什么西方很多国家尤其是英美国家实行陪审团审判，由陪审团来认定事实的原因；因此，低级别法院的法官对于事实的认定能力也不比高级别法院的法官差。上诉审程序的法官对于事实的认定并不拥有比初审法官更多的发言权。但是，高级别法院的法官在法律解释方面的能力却通常高于低级别法院的法官。

正是因为上级法院法官在事实认定的能力方面并不高于低级别法院的法官，所以美国的上诉审程序通常都是法律审。从理论上讲，上诉法院的功能也是通过二审审查，监督其下级法院遵守法律规定的诉讼程序，保证第一审程序设置的发泄不满的功能得到正常发挥。当然，这并不排除上诉审程序也可以起到纠正错误的功能。例如，通过纠正一审法院的程序性错误，尤其是在被告人遭受不公正审判的情况下，上诉审通过发回重审的制度，满足被告人获得公正审判的需求，从而纠正第一审程序可能在实体上的裁判错误。但是，从理论上讲，上诉审程序纠正实体错误并不是其主要功能，而仅仅是附带性的功能。这也是美国为什么只对上诉审进行程序性审查的原因。

（三）大陆法系实行监督和复审并行不悖：以德国为参照

如果将美国实行的上诉审程序称为“监督模式”，而将对事实和证据进行全面审查的上诉审模式称为“复审模式”，则欧洲大陆国家的上诉审程序既包括监督模式，也包括复审模式，二者并行不悖。在大多数欧洲大陆国家，第二审程序基本上参照第一审程序来进行，既审查第一审在法律上的适用是否准确，也审查第一审在事实上的认定是否精确，因此是一种实实在在的事实审加法律审的程序模式。

以德国为例，既有对事实和法律进行全面审查的第二审程序，也有单纯对法律问题进行审查的第三审程序，还有对程序裁定进行审查的抗告程序。通常而言，抗告是指对判决以外的司法裁定和决定提出的上诉，其对象包括审前羁押的命令、影响个人权利的临时性措施的决定、审判前的重要程序性决定（例如拒绝接受起诉和拒绝交付审判）等。^{〔22〕}对于判决的上诉将导致第一审判决在上诉期间不能执行，并启动对案件进行重新审理的第二审程序。第二审程序并不仅限于对第一审判决的审查，而是在必要时完全可以调取新的证据（德国刑事诉讼法典^{〔23〕}第323条第2款）。在这样的上诉程序中，第二审法院要么维持下级法院的判决，要么给出自己附理由的判决；但只有在初审法院错误行使管辖权时才将案件发回有管辖权的法院重审（德国刑事诉讼法典第328条）。对于法律错误，当事人也有权提出第三审上诉。如果该案初审判决是区法院作出的，当事人可选择进行第二审上诉还是第三审上诉：如果仅针对法院判决的事实基础提出异议，则应当提出第二审上诉；如果是针对法院判决在适用法律方面的错误，则可以直接提起第三审上诉，此上诉通常又被称为“越级上诉”。^{〔24〕}另外，对于法律错误的上诉，如果上诉审法院认为原审正确，则维持原判；如认为原审不正确，则撤销原判后发回重审（德国刑事诉讼法典第337条、第353条）。

因此，从德国的程序设计来看，第二审程序实际上几乎是第一审程序的简单重复，而第三审程序则类似于英美的上诉审程序。对此，我们或许可以猜测：德国的立法者们希望通过第二审程序对第一审程序进行事实认定和法律适用的全面审查，从而全面提高其裁判中认定事实的精确性和适用法律的正确性；然后，再辅以第三审程序，对第一审程序中的程序性要素进行审查和监督，以保证第一审程序中程序性要素的满足，从而加强第一审程序所获得的裁判结果的正当性。

〔22〕 参见〔德〕克劳斯·罗科信：《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第535页。

〔23〕 《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社1995年版（以下引用德国刑事诉讼法典条文出处与此相同）。

〔24〕 前引〔22〕，罗科信书，第512页以下。

对于这种复审模式的上诉程序，我们几乎很难在认识论之外找到更好的解释理由：由于上诉法院并不比其下级法院的程序更加公正或者复杂，并且上诉法院也不具备比其下级法院更加先进的发现真实的程序和仪器，那么，如果不是假定上诉法院的法官具有更强的认定事实的能力，凭什么上诉法院可以推翻下级法院关于事实的认定？惟一合理的解释是，以德国为代表的复审模式比较典型地体现了大陆法系的哲学原理，那就是，对于认识客观世界而言，精英的能力通常高于普通人的能力。从柏拉图到卢梭，欧洲大陆的哲学一直在承袭着这一认识论上的传统。^[25]体现在诉讼程序中，表现为上诉法院的法官被赋予更多的信任，其所发现的真实比第一审法院发现的真实更加具有权威性，从而更加具有正当性和可接受性；如果两审法院都对同一事实作出了相同的认定，则说明初审法院的认定获得了能力更强者的认同，这一裁判也就更加具有正当性。

值得注意的是，德国的第三审程序带给我们更多的灵感，因为它实际上移植或者说模仿了英美的上诉审程序。其功能和目的均旨在实现对第一审程序的监督，保证法律设置的程序性要素的满足，从而提高第一审程序发现真实和适用法律方面的准确性。^[26]从这一制度设置来看，无论是英美法系还是大陆法系，对于第一审程序的监督方面，看来均是毫不松懈的。

除了上诉审以外，大多数欧洲大陆国家还存在着“再审程序”，即对判决效力已经确定的案件提出重新审理的程序。这一程序在英美法系无法找到对应物，因为在英美法系，只要裁判已经作出，即视为效力确定。之后的所有程序都被称为“上诉程序”或“定罪后程序”，只是英美的上诉渠道比较多，但却又严格受限于上诉法院法官的自由裁量权。而在大陆法系，第一审的裁判并不是一经作出立即生效，而是要经过一定期限无人上诉或抗诉之后才能生效；只有第二审甚至第三审裁判才是一经作出立即生效的。正是由于这个缘故，第二审的裁判才被视作效力确定的裁判。对于效力确定的裁判，通常难以推翻，只有在法律明文规定的特定情形下，才能够提起再审。提起再审的申请，通常叫做“申诉”，不称“上诉”。这应当属于大陆法系区别于英美法系的一个重要特征。

另外需要注意的是，由于欧洲大陆国家众多，因此其上诉审程序可能存在多种模式，甚至在同一个国家也存在不同的上诉审模式。例如法国，对于轻罪案件和违警罪案件的上诉就是“有限复审”，即第二审只讯问被告人，并听取双方的意见，但通常不传唤证人出庭作证。^[27]在生效裁判的救济方面，法国只允许有利被告的再审，而德国则既容许有利被告的再审，也容许不利被告的再审。另外，英国本属于英美法系，但其上诉审的程序构造却日益接近大陆法系，因此其上诉审采取了多种模式并存的局面。^[28]

[25] Matthew T. King, *Security, Scale, Form, and Function: The Search For Truth and The Exclusion of Evidence in Adversarial and Inquisitorial Justice Systems*, 12 Int'l Legal Persp. 185.

[26] 德国的理论家认为，其第二审程序的功能主要是保证法律的统一实施。[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218页以下。笔者认为，此论完全无法解释其第二审程序及第三审程序的制度设计。本文不排除第二审程序能够在一定程度上保证法律的统一实施，至少在特定上诉法院管辖范围的统一实施，但如果保证法律的统一实施是一项不可或缺的任务，那为什么不允许所有的案件均上诉至联邦最高法院？从理论上说，只有联邦最高法院才有资格和能力保证法律的统一实施。这是其一。其二，统一法律实施理论无法解释其程序中对于事实认定的审查，事实的认定虽然和法律适用有一定的关系，但从总体上看，它是独立于法律适用的，这也是为什么德国法律将上诉审查区分为事实审查和法律审查的理论基础。

[27] 有关轻罪案件上诉庭的诉讼程序，参看法国刑事诉讼法典第512条—520条；有关违警罪判决的上诉程序，参看第546—549条；中译本参见《法国刑事诉讼法典》，余叔通、谢朝华译，中国政法大学出版社1997年版，第172页以下。

[28] 参见前引[13]，麦高伟等编书，第438页以下。

三、我国刑事审级制度的程序模式

我国1979年刑事诉讼法确立了两审终审制，该制度自1979年至今已经实施了将近30年。如今审视，我国刑事司法制度中的两审终审制度虽然已经比较完善，但是其中仍然存在一些问题。

（一）第一审程序存在天然的缺陷

在西方国家普遍将裁判正当性的重任赋予第一审程序的情况下，我国的第一审程序却存在着先天的不足，具体表现在以下几个方面：

首先，我国第一审程序对于犯罪嫌疑人、被告人的保护显然重视不够。我们既没有明确宣布无罪推定原则，在实践中也没有贯彻无罪推定原则，相反，很多情况下我们没有实施“疑罪从无”，而是“疑罪从轻”。〔29〕我们没有赋予犯罪嫌疑人针对讯问保持沉默的权利和讯问时律师在场的权利，也没有赋予被告人在审判时与不利于己的证人对质的权利和申请法庭强制传唤有利于己的证人到庭作证的权利。〔30〕审判结束后也没有反对双重归罪的权利。所有这些都实际上导致我国刑事诉讼中的裁判正当性主要来自发现真实的准确性，而不是来自程序的正当性。换句话说，法律将刑事诉讼的目的主要界定为发现真实和打击犯罪，因此诉讼的结果也只有在发现了真实和打击了犯罪的情况下才具有正当性。这种制度设计可能产生的问题是，真实发现与否并不能够得到确证，而人权的侵犯则几乎毋庸置疑，从而裁判的正当性不仅没有得到加强，反而由于其来源的确定性总是受到质疑，从而裁判正当性本身也总是处于被挑战的地位。

其次，由于缺乏程序性裁判机制和证据裁判机制，第一审程序的质量更加没有保障。如前所述，西方国家普遍赋予犯罪嫌疑人针对侦查的裁判决定提起上诉的权利，以便更加有效地约束侦查机关的权力，确保第一审程序中所使用的证据的可靠性，以及被告人防御的力量。但在我国，尚未建立起犯罪嫌疑人针对侦查机关的强制手段提出上诉的机制，致使侦查的结果并无保障。同时由于缺乏英美国家长期形成的证据可采性规则，侦查机关获得的证据在我国法庭上畅通无阻，从而导致审判几乎成为侦查的延伸。

最后，在初审案件管辖权的分配上，高级人民法院和最高人民法院也属于初审法院，这就使得我国并不存在类似西方国家的上诉法院。这一问题在实践中也许并不突出，因为迄今为止，最高人民法院审理的第一审刑事案件只有一个；高级人民法院审理的第一审刑事案件也屈指可数，但在理论上总是难以自圆其说。

（二）第二审程序基本为混合模式

概括地看，我国刑事诉讼中的第二审程序具备以下三个基本特征：一是复审时奉行全面审查原则，即在复审时既审查第一审在认定事实方面是否精确，又审查第一审在适用法律方面是否正确（刑事诉讼法第186条）。二是第二审程序基本上参照第一审程序来进行（刑事诉讼法第195条）。三是以发回重审方式监督下级人民法院。从法律规定的內容来看，发回重审的情形，通常

〔29〕 媒体反复报道的佘祥林案件、杜培武案件应当能充分说明这个问题。

〔30〕 理论界普遍认为，证人出庭问题已经成为我国刑事诉讼的一大顽症。本文认为，一方面，证人出庭的问题很可能是一个虚构的问题，真正的问题在于被告人的对质权没有得到确立和保障。对质权的意义就在于保障无辜的人不受错误追究，促进法庭审判的公正性，从而加强裁判的正当性。另一方面，当法律缺乏强迫证人出庭的机制时，对质权、强制传唤作证权也是不可能获得保障的。

都是第一审法院违反了刑事诉讼法的有关规定,侵犯了被告人获得公正审判的权利,^[31]发回重审后,也许在事实上并不会改变原来对事实的认定,因为原来的程序虽然违法,但却不一定带来实体上不正确的结果。因此,发回重审的意义,就在于保证刑事诉讼法所规定的第一审程序中的程序性要素得到满足,吸收不满,促进裁判的正当性。

第二审程序虽应“参照第一审程序进行”,但在多大程度上参照,则不无疑问。根据刑事诉讼法第187条的规定,第二审程序通常应当开庭审理,只有在经过讯问被告人,询问当事人及其委托的人意见后,对于事实清楚的,才可以不开庭审理。此规定两次出现“开庭审理”一词,但其涵义却并不相同。具体而言,第一个“开庭审理”,指的是广义上的开庭审理,即讯问被告人、听取其他当事人以及当事人委托的人的意见。因为,如果第二审法院不“开庭”,则意味着允许法官单独去看守所会见并讯问被告人(这正是当前普遍的实践),事实上导致第二审程序演变为秘密审讯,这与刑事诉讼法规定的“人民法院进行刑事诉讼一律公开进行”的诉讼原则明显是背道而驰的,因此也是不足取的。同理,人民法院如果不“开庭”,则听取当事人及其委托的人的意见,就成为了秘密听取,私下会见,也违背刑事诉讼法规定的公开审理的基本原则。因此,人民法院为了实现刑事诉讼法规定的必经程序,就必须“开庭审理”,在一个公开的法庭上,公开讯问被告人,公开听取当事人及其委托的人尤其是辩护人的意见,这才符合刑事诉讼法的规定。也因此,该规定中的第一个“开庭审理”,指的就是讯问被告人、听取双方的辩论意见。这在欧洲大陆法系国家的上诉审程序中被称为“有限复审”。至于后一句话规定的“开庭审理”,则属于狭义上的开庭审理,其内涵包括传唤应出庭的证人出庭作证、出示物证书证、宣读未到庭的证人证言、宣读勘验、检查笔录、控辩双方就证据展开质证和辩论,等等。这在欧洲大陆法系被称为“全面复审”。

综上所述,我国刑事二审程序确立的审判模式基本上是以有限复审为主,以全面复审为辅,另加监督的混合模式。

(三) 再审程序基本上复制了大陆法系的制度

从刑事诉讼法的规定来看,我国再审并没有排除不利于被告人的再审。换句话说,我国既包括有利于被告人的再审,也包括不利于被告人的再审。从再审申诉的理由来看,具体包括四大类型:一是有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误;二是据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾;三是原判决、裁定适用法律确有错误;四是审判人员在审理案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判等行为(刑事诉讼法第204条)。

从上述关于再审申请的理由来看,除了第二种类型比较难以把握以外,其他三种开启再审的理由均比较容易加以界定。即使是第二种比较模糊的表述也完全可以通过司法解释的方式获得比较明确的规则。而从理论上讲,要获得上述开启再审的理由均属不易。因此从立法上讲,很难说我国刑事诉讼法本身为裁判的终局性规定了破坏性规则。尤其是考虑到我国法律实际上是借鉴了大陆法系一些国家的规定,就更加难以论证法律本身不追求裁判的终局性这一论断。只不过,由于终局性通常并不单独由审级制度来决定,法官的独立程度、社会主流的意识形态、国家的政治制度等均可影响到终局性的实现。因此,建立在“实事求是”、“有错必纠”等意识形态以及法官独立尚未获得正式确认的体制之下,刑事裁判的终局性均可受到影响。

从再审提起的主体来看,则比较多地体现了职权主义的特征:只有人民检察院和人民法院有权提起再审,当事人则只能申请再审(刑事诉讼法第205条)。由于立法机关并未将检察机关视

[31] 根据刑事诉讼法第191条之规定,发回重审的情形包括以下几类:一是违反有关公开审判的规定;二是违反回避制度;三是剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利,可能影响公正审判;四是审判组织的组成不合法;五是其他违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判。

为刑事诉讼的一方当事人，因此检察机关有权提起再审，而作为当事人之另一方的被告人却只能申请再审。

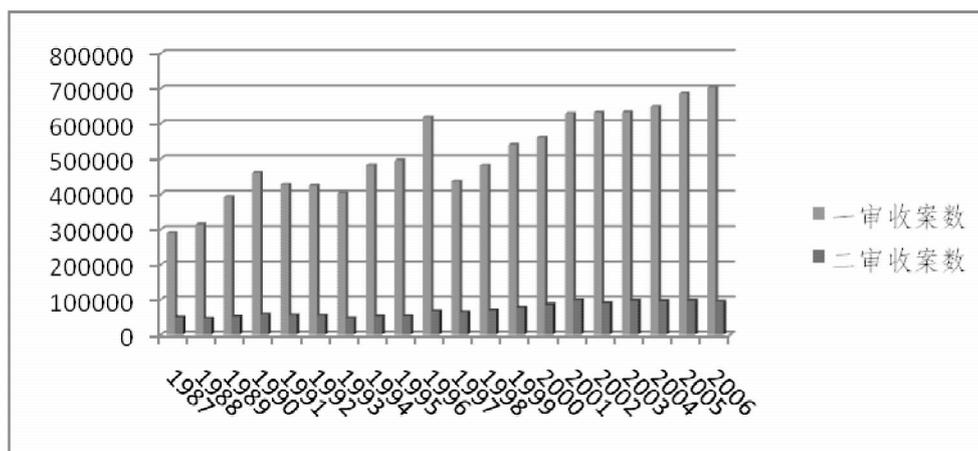
四、我国刑事审级制度的实际运转

我国刑事审级制度在很多方面都受到日益激烈的批评，批评的矛头指向审级制度构造的各个方面，其中包括第二审程序已经形同虚设、审判监督程序的存在使刑事判决的终局性荡然无存等。

任何批评与建议都应当建立在有效考察的基础上。为此，笔者拟通过对《中国法律年鉴》公布的一些数据的研究，来判断我国刑事审级制度的实践效果，从而为审级制度的改革提供更有事实基础的理论和建议。所引用的数据跨度为1987年至2006年，因有些数据的统计项目不一致，为方便统计，笔者对有些年份的数据有所取舍。笔者关心的问题主要是：第一，第一审程序是否能够吸收不满，确立裁判的正当性；第二，第二审程序是否形同虚设；以及第三，终局性是否荡然无存。兹分述如下：

（一）第一审程序能否吸收不满、加强裁判的正当性？

表 1A 1987—2006 年人民法院一、二审收案数柱形图



数据来源：《中国法律年鉴》，1988—2007

苏力认为，当人们对初审判决提出上诉时，就意味着人们认为这个判决不公正。^{〔32〕}如果忽略一些特别的因素，例如可能在极其罕见的情况下即使判决不公，当事人也不上诉，另外有时候当事人也可能因无法支付高昂的诉讼费而放弃上诉等，则这一论断大体上能够成立。因此，笔者赞成苏力关于上诉率反映判决公正性的判断。但是苏力忽略了公正的感觉既可能来自于实体的公正，也可能来自于程序的公正。心理学研究表明，人们对法律及法律机构所加的约束是否愿意接受强烈地受到他们对警察与法院的程序正义之评价的影响。^{〔33〕}因此，当事人的上诉既可能是对实体处理结果的不满，也可能是对程序不公正的抗议。我们可以通过上诉率的观察，分析当事人对于第一审法院认定事实的感受以及程序性要素的满足程度，从而获得第一审裁判正当性的初步

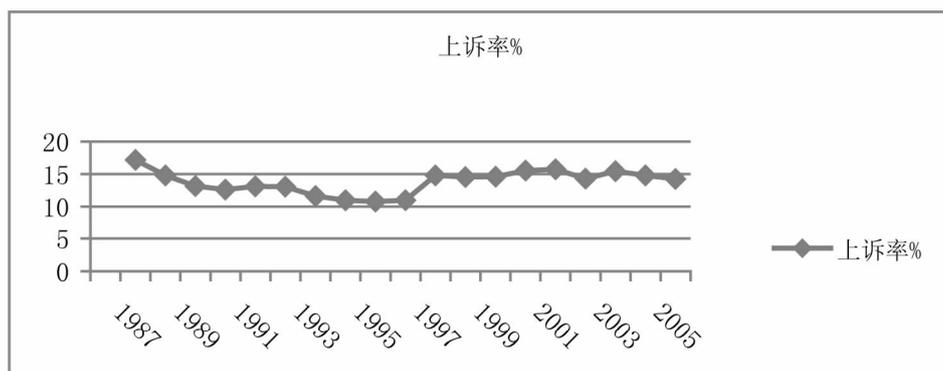
〔32〕 参见苏力：《基层法官的司法素质——从民事一审判决上诉率透视》，《法学》2000年第3期。

〔33〕 Tom R. Tyler, *Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law*, 30 *Crime & Just.* 284 (2003).

印象。因此，本文收集了自1987年—2006年这20年间我国法院受理的刑事一审和二审案件数，借此分析其中的变化及其可能反映出的当事人对于第一审判决及其程序的感受情况。

表1A是根据1987—2006年间人民法院一、二审收案数整理绘制的柱形图。从表中数据得知，1987—2006年这20年间，我国刑事一审收案数基本上逐年递增；二审收案数也呈递增趋势。如果以每年第一审收案总数为分母，以每年二审案件总数为分子，得出的将是每年的上诉（抗诉）率。^{〔34〕}以此上诉率来观察，在1987年至1996年这一时间段，除了个别年份偶有小幅反弹之外，我国刑事案件的上诉率呈逐年下降趋势。但在1997年，上诉率突然从1996年的10.99%飙升至14.82%。在2001年，升至15.73%。在1997年修订后的刑事诉讼法施行之后，刑事案件的上诉率一直在14.57%—15.73%的高位徘徊，直到2006年，这一比率下降至13.41%（如表1B）。

表1B 1987—2006年刑事案件上诉率变化曲线图



数据来源：《中国法律年鉴》1988—2007

通过这些数据，我们无法通过第二审案件数的变化评价我国法院的工作效果是上升还是下降。苏力教授在其研究中发现的民事诉讼上诉率的下降表明民众对民事一审判决满意度提高的现象，在刑事诉讼中并未出现。相反，在1989年至1996年期间，刑事上诉率基本呈现逐年下降趋势，而在1997年却突然飙升。这既可能是因为1997年一审案件质量下降所导致的结果，也可能是因为1997年刑事诉讼法修改之后上诉渠道更加畅通的结果（实际上，1997年生效的刑事诉讼法在第二审程序上并无实质性变化，但是不排除被告人认为1997年的刑事诉讼法比1996年有很大进步，因为当时的法学专家们都这样说，所以行使上诉权的意愿更加强烈）。

如果我们忽略上诉率的变化，而仅仅以平均上诉率来评价第一审程序，我们发现，1987—2006年间，我国刑事案件每年的平均上诉率为13.81%；自1997年修正后的刑事诉讼法实施以来，平均上诉率也只有14.5%。这一数据至少说明，我国刑事案件85%以上的被告人是认罪服判的；如果考虑到上述数据还有检察机关抗诉的情况，则被告人认罪服判的比例应当更高。从与西方国家比较的情况来看，在美国，二十世纪40年代，其刑事案件的上诉率约为2.5%；90年

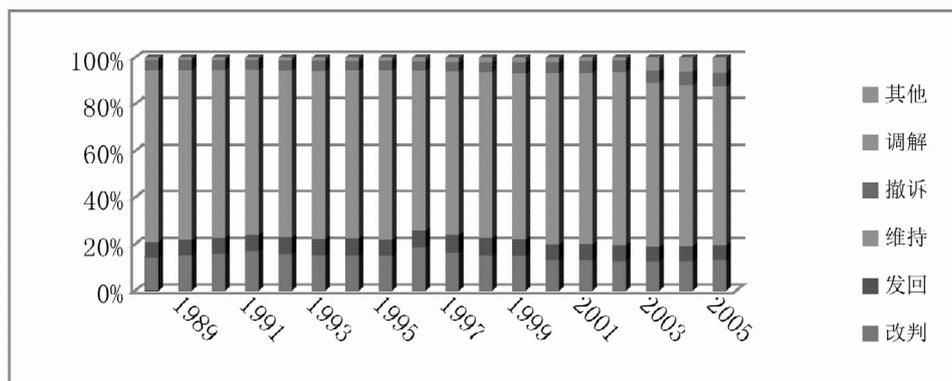
〔34〕 这样的上诉（抗诉）率并不完全准确，因为一方面，每年审结的一审案件并不必然会在当年上诉至第二审法院（如果当事人选择上诉的话）；即使当事人能够上诉至二审法院，二审法院也不一定在当年能够审结；另一方面，二审法院当年审结的二审案件，也不一定就是当年上诉至该二审法院的案件，而很可能是前一年年末上诉至该法院而前一年尚未审结的案件。但是，由于这一类案件相对比较少，尤其是前一种情况和后一种情况存在着冲抵的可能，因此其在统计学上所能带来的误差就几乎可以忽略不计。因此，以上述比率作为当年的上诉率问题应当不大。

代,已经上升至12.5%。^[35]在英国,虽然上诉法院每年受理的上诉案件并不多,但是提出上诉的却并不少。^[36]因此,即使相对于对被告人保护比较周到的英美法系,我国的刑事上诉率也并不具有统计学意义上的突出特征。换句话说,我国刑事被告人在第一审判决后提出上诉的比例并不高于西方国家。也就是说,从上诉率来观察,我国刑事裁判也有正当性,甚至其正当性还超过部分西方国家。

但是,如本文第三部分所指出,我国刑事第一审程序在程序性要素的满足方面仍然是相当不够的。在这一前提下,刑事裁判的上诉率还能保持在一个大致合理的范围内,其合理的解释就是:虽然程序性要素没有得到充分的完善,但是由于在实体真实方面强调得比较多,我国法院一审刑事案件在实体的认定方面做得比较扎实,从而大大加强了裁判的可接受性。因此,我国刑事裁判的正当性来源主要是实体的正确性。

(二) 第二审程序是否已经形同虚设?

表 2A 1989—2006 年人民法院刑事二审案件处理结果分布百分比



数据来源:《中国法律年鉴》,1990—2007

第二审程序已经形同虚设,这几乎已经成为刑事诉讼法学界的共识。本文亦认为,刑事司法实践中的确存在着一审法院在案件审结前即向二审法院请示汇报的问题。这是我国刑事司法实践中一个比较特殊的现象,笔者称其为“非程序化运作”,即刑事诉讼法本有规定,但是司法实践部门却并不按照规定去做,而是自创规则,或者完全不考虑规则。^[37]一审审结前向上级法院请示汇报的做法只是其中一例。但是这是否就意味着第二审程序已经形同虚设,则有待斟酌。下面的数据或许可以为我们评判二审程序的功能提供一些线索。表 2A 列出了 1989—2006 年间我国刑事第二审程序的案件处理情况。

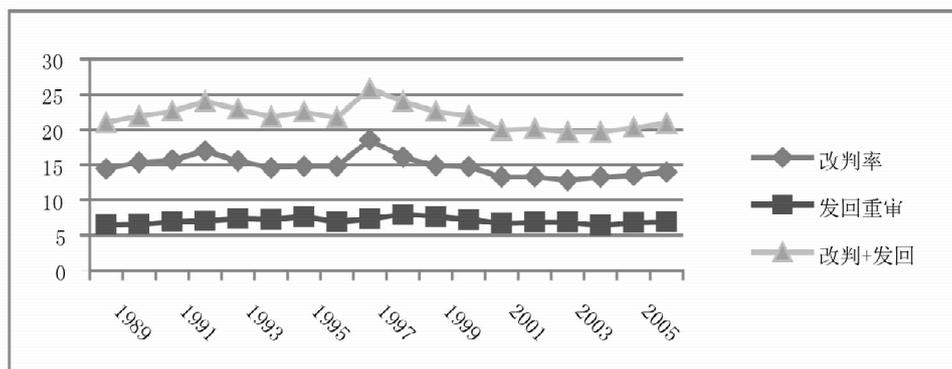
[35] Frank W. Miller, Robert O. Dawson, George E. Dix & Raymond I. Parnas, *Criminal Justice Administration: Cases and Materials*, 10th ed., New York: Foundation Press, p. 1258.

[36] 2004 年,在英国治安法院被定罪的 260,000 人中,被获准上诉的有 12578 人,占全部被定罪人数的 4.8%;同一年,在刑事法院被定罪的 58000 人中,被获准上诉的有 7665 人,占全部被定罪人数的 13.2%;两项平均为 6.37%。数据来源: <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs05/hosb1905.pdf>, 最后访问时间:2008 年 9 月 8 日。

[37] 举例来说,在 1998—2006 年 9 年间,抗诉机关抗诉的案件总数为 27230 件,除掉检察机关主动撤诉的 5121 件以外,还应当剩下 22109 件,为什么二审法院实际处理的却只有 10487 件,仅占全部实际抗诉案件总数的 47.43% (此处数据根据《中国法律年鉴》中的数据统计而得出)? 对于这一问题,我们只能假定二审法院和抗诉机关之间通过非程序化的协商,将多达 52.57% 的二审抗诉案件无声地化解了——也就是作撤诉处理了。

从表 2A 的情况看, 1989—2006 年 18 年间, 在全国法院二审审结案件中, 如果将撤诉/调解、其他处理的案件均归入维持原判一类, 将发回重审的案件归入“改判”一类, [38] 则平均每年维持原判的案件比例大约为 78.16%; 改判率大约是 21.84%。从各年份的变化情况看, 1987 年至 1996 年期间, 二审改判的比例一直保持在 14.45%—16.96% 之间, 但在 1997 年突然升至 18.52%, 为整个统计期间改判率最高的一年。[39] 此后历年的改判率几乎逐年下降, 至 2003 年降至 12.81%, 为历年改判率最低。但 2004 至 2006 年间, 改判率又有所回升 (参见表 2B)。

表 2B 1989—2006 年刑事二审案件改判率变化曲线图



数据来源:《中国法律年鉴》, 1990—2007.

从以上数据来看, 笼统地说我国刑事二审程序不能或者很难起到监督第一审作用发挥的说法是难以成立的。因为, 第二审程序尽管在 76% 的案件中均作出了维持原判或者与维持原判效果相同的判决, 但仍然将 21% 的案件或者改判, 或者发回重审了。换句话说, 21% 的当事人 (控辩双方) 能够通过第二审程序改变判决的结果。我们不能由此得出结论说, 只有 21% 的当事人获得了有效的救济, 因为我们不能说那些没有在上诉中获得改判的案件的当事人就没有获得有效的救济。事实上, 他们也通过上诉有效地表达了自己的意愿, 使自己的声音传达到了第二审法院。尽管由于各种原因, 他们的意见没有被采纳, 但是从一个司法制度的正常运转来说, 21% 的改判率应当说已经不低了。尤其是考虑到我国较高的定罪率, 21% 的改判率就更加能够说明, 刑事二审程序事实上正在发挥着对第一审程序的有效监督。另外, 从国际比较的角度来看, 我国第二审程序的改判率也是相当高的。[40]

以上数据不仅说明我国刑事二审程序仍然在发挥正常的功能, 并且可以佐证本文第三部分及本部分第一节的结论: 第一审程序发挥吸收不满、加强裁判正当性的功能仍然有较大的提高空间。第一审各项程序性要素的满足, 既有助于加强人权的保障, 提升程序的正义品质, 也可以防

[38] 发回重审的案件在实体上不一定都会改判, 也可能维持原判, 但发回重审的案件通常都是在程序上严重侵犯当事人诉讼权利, 或者在实体上错得离谱的案件。因此, 发回重审意味着当事人要么获得实体上改判的结果, 要么在程序上获得重新审判、公平对待的机会, 其反映上级法院监督的效果在实质上与改判更有甚之, 因此将其视为“改判”并无不妥。

[39] 之所以出现这一现象, 很可能是因为 1997 年修订后的刑法开始实施, 而很多下级法院的法官对于新刑法的规定尚不熟悉, 从而导致误判的增加。

[40] 统计表明, 在美国, 重罪案件通过上诉获得改判的案件仅占全部案件总数的 5—10%; 在联邦巡回法院中获得改判的案件仅占全部案件的 10.4%, 其中改判率最低的巡回法院比例为 7.4%, 最高者为 15%。前引 [15], Yale Kamisar 等书, 第 1583 页。当然, 由于制度的不同, 这样的比较虽然略显粗略, 但是仍然可在一定程度上说明本文的结论。

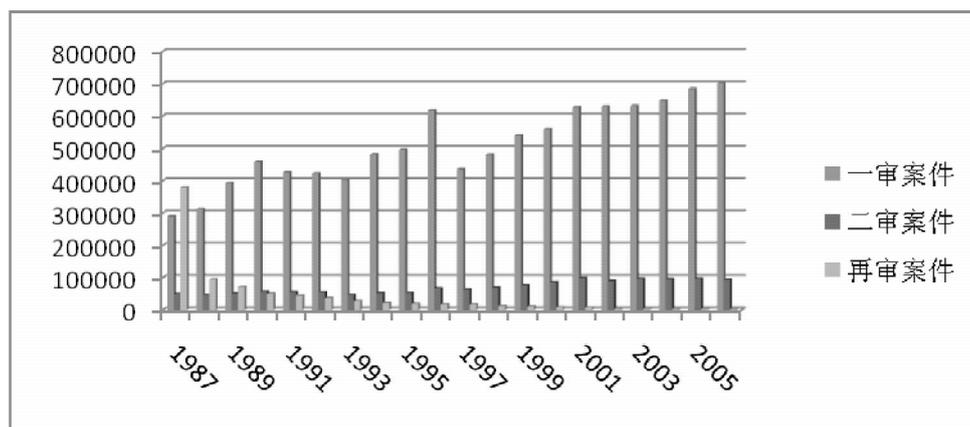
止将无辜者错误地定罪，在消极的意义上——即无辜者不被错误定罪的意义——强化程序结果的实体真实主义。但是，较高的二审改判率说明，第一审程序对于实体真实的追求，也是远远不够的。这正是程序性要素未能得到充分满足的结果。

（三）终局性是否已经荡然无存？

审级制度设计的第二个目标，就是终结诉讼。那么，我国目前的刑事诉讼中，通过第二审程序能否达到终结诉讼这一目标呢？

表 3A 列出了 1987—2006 年间我国法院受理刑事第一审案件和二审案件以及再审案件的数量变化，其变化的趋势以表 3B 显示。之所以将一、二审案件数在此处同时列出，是为了更加清楚地观察我国刑事再审案件数量的变化，尤其是这种数量的变化和一、二审案件数量变化之间的反差。

表 3A 1987—2006 年人民法院受理一、二审及再审案件数柱形图

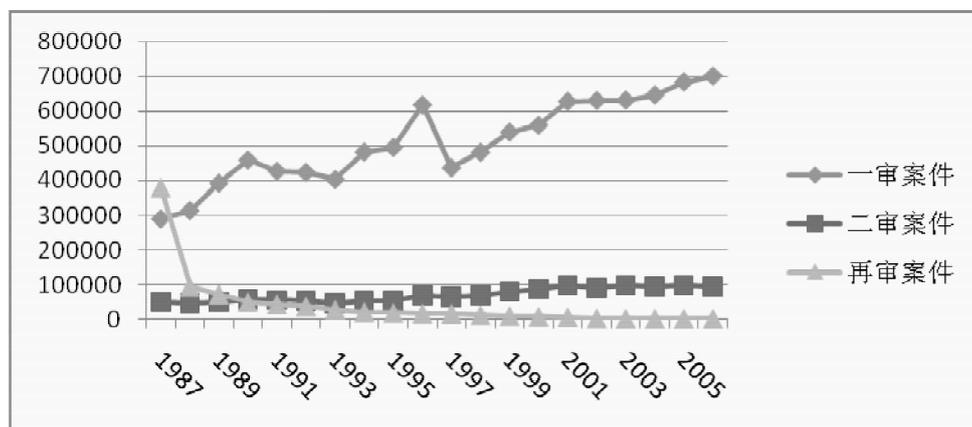


数据来源：《中国法律年鉴》，1988—2007

从表 3A 可知，除个别年份外，一审案件数基本上呈逐年上升趋势；除个别年份外，二审案件数基本上也呈逐年上升趋势；无一例外，刑事再审案件数逐年下降；其中，1988 年再审案件数在 1987 年的基础上下降了 75.05%。这主要是由于 87 年之前的刑事再审程序还承担着拨乱反正的任务，因此在 1987 年之前每年的刑事再审案件数几乎都超过二审案件数。从 1988 年之后，再审程序才正式步入正轨。也正是从这一年开始，再审案件数继续逐年下降。在一审、二审案件数略有下降的年份，刑事再审案件数则呈更大的下降趋势。尤其是 2003 年之后，全国法院受理的刑事再审案件已经不超过 4000 件，仅占当年全部一审案件总数的 0.57%，以及当年全部二审案件总数的 3.72%。可见，在民事诉讼中存在的再审案件数居高不下的状况，^{〔41〕} 在刑事诉讼中并不存在。在如此之低的再审比例下，我们需要担心的恐怕不是审判的终局性问题，而应当是裁判的正当性问题了。

〔41〕 Nanping Liu, *A Vulnerable Justice: Finality Of Civil Judgements In China*, 13 Colum. J. Asian L. 35—97 (1999).

表 3B 1987—2006 年人民法院一、二审及再审收案数变化曲线图



数据来源：《中国法律年鉴》，1988—2007

总而言之，上述统计数据充分说明，目前我国审级制度在实际运作中，裁判的终局性已经不再是一个问题，而裁判正当性的来源问题则应当受到更加充分的重视。

五、重塑还是完善：刑事审级制度的改革方向

由前文的分析可知，我国刑事审级制度虽然在立法设计方面存在较多的问题，但是我们仍然欣喜地看到：我国刑事裁判自有其正当性；第二审程序功能尚可正常发挥；再审程序也没有破坏刑事裁判的终局性。但是，由于第一审程序在公平正义方面的欠缺，致使我国刑事裁判的正当性几乎是单独地建立在实体真实的基础上，这就必然导致对当事人权利的照顾不周。同时，虽然我国刑事裁判也具有了学者们所追求的终局性，但是这种终局性却是在正当性不够稳固、当事人的不满只能通过不断地申诉和上访等途径进行不完全宣泄的基础上获得的。这种缺乏程序正当性的终局性必将给我国的刑事司法制度带来深远的影响。因此，刑事司法改革应当以解决刑事裁判的程序正当性为核心目标，在这个基础上重构我国的刑事审级制度。具体而言，笔者提出以下建议，以供参考。

（一）强化第一审程序中被告人的公正审判权，从源头上加强裁判的程序正当性

我国 1997 年进行的刑事诉讼法修改已经在很大程度上改变了过去采取的强职权主义的诉讼模式。但是，在被告人公正审判权的保障方面仍然与西方主要发达国家存在很大差距，这就导致刑事第一审程序发挥吸收不满、加强裁判正当性的功能受到大大削弱，从而不得不以第二审程序作为实现裁判正当性的重要补充。然而，在第一审程序尚且不能发挥吸收不满功能的前提下，希望第二审程序比第一审程序更加能够满足当事人的程序性要求显然是不现实的。以证人出庭问题为例，在第一审程序都不能保障被告人对质权的情况下，要求第二审法院保障被告人对质权，即使不是痴人说梦，大概也是画饼充饥。再如，西方国家普遍赋予犯罪嫌疑人、被告人在侦查阶段针对侦查行为提出上诉的权利，以保证整个诉讼程序以文明、理性的方式进行，同时以此夯实第一审程序的基础；而我国刑事诉讼在侦查阶段不仅犯罪嫌疑人、被告人聘请的律师在权利行使方面面临重重困难，并且整个侦查程序几乎完全由公安机关单独掌控（在人民检察院自行侦查的案件中由检察机关单独掌控），嫌疑人针对侦查行为几乎没有任何救济程序。这就使得我国刑事诉讼在第一审审判中的基础受到大大削弱：一方面，公正审判权不能得到保障，第一审审判程序吸收不满的能力大大削弱；另一方面，审前程序几乎不受司法控制，又没有英美国家用以切断侦

查、起诉和审判之联系的证据规则，审判实际上沦为侦查和起诉的复核，并没有真正意义上的审判。这两方面的缺陷使得第一审程序难以担当起以程序的正义来支撑司法裁判正当性的重任。

因此，为解决裁判正当性的问题，第一审程序才是最为关键的阶段。对此，笔者提出三条建议：一是提高审前程序中对犯罪嫌疑人的保护，赋予犯罪嫌疑人应当享有的权利，包括面对讯问保持沉默的权利、在接受讯问时要求律师到场的权利，并采取措施积极保障律师会见权、阅卷权等实质性权利的实现；二是完善审前程序中的司法控制，对于审前羁押、搜查令等实质性侵犯犯罪嫌疑人权利的侦查行为应当经过司法机关授权，并且对于司法机关的裁决可以提出上诉；三是完善第一审程序对被告人公正审判权的保护，以立法形式明文规定赋予被告人对提供不利于己的证人有当庭质证的权利，对可能有利于己的证人有申请法庭强制传唤其出庭作证的权利。

（二）完善现有的第二审程序模式，使之更加符合审级制度的建构原理

如前所述，我国第二审程序在实践中已有不错的表现。但是，实证考察的结论仅仅说明我国目前的审级制度在实践中并非如有些评论家批评得那么糟糕，以至需要全盘推翻。但这也不表明第二审程序就已经无懈可击。相反，如果其中不符合审级制度建构原理的部分能够得到更好的完善，我们将会合理的理由期待其有更加出色的发挥。因此，在第一审程序吸收不满的功能得到强化的基础上，应继续完善原有的第二审程序模式。换句话说，我们完全可以坚持事实审与法律审相结合的第二审模式，第二审既审查事实认定是否清楚，也审查适用实体性法律是否正确。在这一前提下，笔者针对第二审程序提出如下建议：首先，第二审程序实行“有限复审”原则，即第二审审理时一律开庭审理，但是开庭审理并不是完全按照第一审程序进行，而是只对事实认定和法律适用进行书面的审查并主持控辩双方的辩论。其次，第二审法院对事实问题如有疑问，不再发回重审，而是直接改判无罪释放；如果第二审法院在实体性法律的问题上不同意第一审法院的意见，则应当直接改判。再次，强化第二审程序对第一审在遵守程序性规则方面的审查，以监督第一审法院保障被告人公正审判权的实现；在发现第一审法院违反刑事诉讼法的规定、侵犯被告人公正审判权时，应当将第一审裁判予以撤销，将案件发回与原审同一级别的另一法院重新审理。

此建议与现存的第二审程序存在三大区别：一是对于事实问题，第二审法院只作无罪判决，事实不清、证据不足时不再发回重审；二是第二审程序一律开庭审理，但是这种开庭仅限于控辩双方的公开辩论，不对事实和证据进行全面调查；三是对于因违反程序而导致的违法问题，第二审法院撤销原判后不再发回原审人民法院，而是发往与原审法院同一级别的另一法院重新审理。

对于第一个方面的改变，理由是：根据我国刑事诉讼法的规定，经过法庭审理，对于犯罪事实不清楚、证据不充分的案件，第一审人民法院应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的判决；第二审人民法院经过审查，既然认为事实不清楚，就应当直接宣告被告人的罪名不成立，而不应当将案件发回重审，拖延时日，使被告人的权利持续受到侵犯。

对于第二个方面的改变，理由是：首先，从认识论的角度说，上级法官发现真实的能力并不高于下级法院法官，因此，原则上，上级法院并无资格审查下级法院对于事实的认定；其次，第二审法院虽然在认定事实方面并无优势，但从中国的传统来看，高级别法院的法官通常比低级别法院的法官更有权威，因此定罪判决经过第二审法院的审查获得认定后将更加具有权威性和正当性；同时，二审法院在积极的实体探知方面虽然并无优势，但从保障无辜者不受错误追究方面却可以起到筛查的作用，故笔者将其对事实的审查限定于通过书面阅卷和控辩双方的辩论查出重大疑点这一方面，也就是将其限定于消极的实体真实主义这一方面；再次，从效率论的角度来说，要求二审法院一律开庭既是不必要的，也是不可能的。

对于第三个方面的改变，理由是：首先，根据现行刑事诉讼法的规定，发回重审的案件，原

审人民法院应当另行组成合议庭进行审理，但有的地方法院整个法院一共才几个人，刑庭甚至只有一个人，另行组成合议庭的规定难以实施；若发往其他法院则不存在这一问题；其次，另行组成合议庭的目的在于避免原合议庭组成人员对重新审判之合议庭组成人员的干扰，但是从排除干扰的角度而言，另行组成合议庭不如由另一个法院组成合议庭更加彻底，何况在中国的人情关系网之下，简单地另行组成合议庭实在难以摆脱原审法官的先入之见，因此从回避制度的原理来看，将案件发往其他法院审判将更能实现审判的公正性。

（三）完善再审制度，同时建立三审终审制，为被告人提供更有保障的上诉渠道

如前所述，我国刑事再审制度基本上复制了大陆法系德国的模式。多数学者认为，我国再审程序应当保留并加以完善。^{〔42〕}本文第四部分的分析则表明，再审程序的存在并未对我国刑事裁判的终局性构成威胁。笔者亦赞成在现行制度基础上对再审程序进行完善，并主张在原两审终审制的基础上，对于事实问题和实体法律的适用问题仍然坚持两审终审；但对于因违反程序侵犯被告人公正审判权的法律审查，主张赋予被告人一直上诉至最高人民法院的权利；另外，应当取消高级人民法院和最高人民法院的初审管辖权，使高级人民法院和最高人民法院成为真正的上诉法院。

允许当事人针对程序性规则的违反一直上诉至最高法院的目的，一是使当事人拥有更多的上诉渠道，尤其是对于遭受冤狱的被告人，应当为其将案件提交最高司法机关提供必要的途径，这一方面是加强裁判正当性的需要，另一方面也比较符合我国的司法传统；二是使最高法院通过个案实现法律政策的制定和统一，真正实现最高法院应当具有的监督下级法院依法审判的职能；三是借此促进和突出程序性规则在我国法治建设中的地位和作用，为法治的发展实现看得见的进步。至于取消高级人民法院和最高人民法院的初审管辖权，理由是：无论是何种案件的第一审程序均涉及事实认定的问题，而在这一方面，高级人民法院和最高人民法院的法官不仅没有优势，反而还不如中级人民法院或基层人民法院的法官，因为其优势在于对法律和国家政策的领悟和把握，而不在于事实认定，因此在审级制度的设计上就应当考虑到各级法院法官的优势和弱点，扬长避短，而不是扬短避长。由此出发，符合逻辑的做法就是基层法院和中级法院负责事实的认定，而高级法院和最高人民法院则应当将其全部精力投入法律政策的研究和掌握；体现在审级制度的设计上，也应当避免将第一审认定事实的任务交给如此高级别的法院来进行。

结 语

审级制度的建构有其基本的原理，任何违背该原理的制度在实践中都不可能获得很好的实施效果。我国审级制度建构的初衷是希望两审终审制既能发挥吸收不满的功效，又能达到终结诉讼的目的。但是，由于第一审程序存在着一些先天的缺陷，指望二审程序完全予以弥补显然并不符合预期。从而，终局性的确是获得了实现，但是正当性却值得怀疑。因此，任何旨在改善我国刑事司法环境的举措，都应当首先着眼于正当性的实现，而不能执迷于终局性的追求。

基于此，两审终审制首先应当从第一审程序加以完善，充足其程序性要件是当务之急。在这个基础上，坚持两审终审制全面审查的原则才有意义。考虑到传统的因素，二审实行全面审查的原则仍然必须坚持，但是其开庭时审查证据的功能则应当予以萎缩。二审程序应当奉行消极的实体真实主义，侧重从保障无辜者不受错误追究的角度，对第一审的事实认定和法律适用进行

〔42〕 参见陈瑞华：《刑事再审程序研究》，《政法论坛》2000年第6期；徐美君、李奋飞：《刑事再审程序的理性思考》，《法学》2000年第10期；陈卫东：《刑事再审一审终审制之改造》，《法学家》2000年第4期。

监督。同时，改变那种所有级别的法院都是审判法院而并无真正意义的上诉法院的局面，取消高级人民法院和最高人民法院的初审管辖权，并赋予被告人对程序问题将案件上诉至最高法院的权利，从而进一步消弭被告人因遭受不利裁判所造成的不满，使裁判的终局性真正建立在正当性的基础之上。

应当看到，即使上述改革建议获得实施，我国的刑事诉讼实践仍然不容乐观。我们也发现，非程序化处理在我国刑事司法实践中屡屡出现。如果刑事诉讼法的规定能够轻易地被规避，再完美的制度设计也不过是画饼充饥。但是我们相信，只要一直朝着正确的方向走下去，虽然会有坎坷，其前途却一定是十分光明的。

Abstract: There are two fundamental values that are regarded significant in constructing trial instance. One is the legitimacy of judgment, and the other is the finality of judgment. These two values are respected not only in continental countries, but also in Anglo-American countries. The identity of the two legal systems is that the first instance procedure is constructed to pursue the value of legitimacy, which is regarded as the basis of the value of finality. In doing so, the two legal systems entitle parties with series of rights, so that a judgment may obtain legitimacy not only from finding the truth, but also from protecting common values as well as procedural justice.

There are also differences between the two systems. Firstly, the first instance judgment is the final judgment in Anglo-American countries to obtain finality, but parties are entitled with broad opportunities to appellate review, while in the continental system, the third instance judgment is final. Secondly, the appellate procedure of the Anglo-American system is with a supervising style, which means that the appellate court only review the form of the first instance trial process, and leave the fact finding completely to first instance judges. However, the appellate procedure of the continental countries is a hybrid of supervising and retrial. That is, the second instance procedure is usually a retrial procedure, and the third instance procedure is a supervising one.

Following the model of continental countries, the second instance is the final judgment in China. Chinese first instance is to absorb dissatisfaction and obtain legitimacy, but due to the inadequacy of parties' rights, the legitimacy of a criminal judgment may come only from finding the truth, but not from protecting human rights and other important values. More over, the second instance does not function well in pursuing the value of legitimacy either. Consequently, even though the value of finality is emphasized on, it is a mansion based on unstable bases. In practice, although the finality of a criminal judgment is no longer a problem, the legitimacy problem is still salient. Consequently, to improve China's criminal trial instance system, we should pay more attention to the legitimacy of the first instance, and make the effective judgments truly final.

Key Words: legitimacy of judgment, finality of judgment, appeal, retrial
