

# 论刑事程序倒流

汪海燕\*

---

---

**内容提要：**我国刑事诉讼中存在种类繁多的程序倒流。从功能上考察，我国立法与司法实践中的程序倒流可以分为程序性补救程序倒流、实体性补救程序倒流和规避错误的程序倒流。其中一些程序倒流缺乏正当性，甚至不具备合法性，法律有必要对其进行重新调整或规范。

**关键词：**程序倒流 程序性补救 实体性补救 规避错误

---

---

## 一、引言

刑事诉讼是由按照一定顺序相互衔接的一系列诉讼行为构成的。在一般情形下，当一个诉讼阶段结束，程序的主导者会根据证据所认定的事实和法律的规定，或者将案件移交到下一个诉讼阶段，或者终结程序。但是，由于案件本身的复杂性或者其他原因，在有些情形下，诉讼有可能形成“程序倒流”，即公安司法机关将案件倒回到前一个诉讼阶段并进行相应的诉讼行为。

我国刑事诉讼法以及相关司法解释规定了种类繁多的程序倒流，司法实践中，公安司法机关也“创造”了一些程序倒流。按照不同的标准，可以将程序倒流分为不同的种类。按照倒流发生的诉讼阶段，可以将程序倒流划分为审查起诉、一审、二审、死刑复核阶段的程序倒流。例如，检察机关在审查起诉阶段，将案件退回公安机关补充侦查，属于审查起诉阶段的程序倒流；在一审人民法院宣告判决前，检察机关撤回起诉的，属于一审阶段的程序倒流；第二审人民法院对于原判决事实不清或者证据不足的，可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判，此种属于二审阶段的程序倒流，等等。从法律有无明确规定的角度考虑，可以将程序倒流分为“法律明示型”和“司法潜规则型”程序倒流。所谓“法律明示型”程序倒流，是指法律或司法解释对程序倒流有明确的规定，上述例举均属于此。所谓“司法潜规则型”程序倒流，则是指在法律没有规定的情形下，司法实务部门为了实现某种目的或者规避某种不利后果，而将案件倒回到前一个诉讼阶段，如在审查起诉阶段，公安机关撤回案件，就属于此类。

为了检视程序倒流的正当性与合法性，本文拟从功能和目的的角度考察程序倒流，即将程序倒流分为程序补救型、实体补救型和规避错误型程序倒流来进行讨论。

---

\* 中国政法大学副教授。

本文是国家社会科学基金 2007 年度青年项目“刑事诉讼制度法律移植研究”(07CFX042) 阶段性成果。

## 二、程序倒流——程序性补救

基于程序性补救目的的程序倒流,是指在后一个诉讼阶段发现前期程序有错误,无论这种错误有无影响案件实体的公正处理,司法机关都应当将程序倒流到前一个诉讼阶段并进行相应的行为。此种程序倒流与案件的实体问题并没有直接的关联,其直接目的是为了弥补程序本身的错误,而从深层次考究,其根本目的在于维护司法体制的权威性和程序自身的公正性。

首先,程序倒流意味着对前一阶段违法程序的消极评价,是树立法律权威的一种必然要求。马克斯·韦伯认为,形式主义是一切现代法律的重要特征,而一切前现代的统治秩序体系,其法律形态最大的特点就是关注实质原则。<sup>〔1〕</sup>这种“形式”并非作通常意义上理解,“形式的法律”是指严格根据法律规定运作法律体系,它意味着在事先制订好的一般性规则基础上做出决定。<sup>〔2〕</sup>不难发现,法律的“形式化”,是法治的基本要求之一,即制定的法律应当获得遵守,具有执行力和权威性。对于行使诉讼中国家权力的公安司法机关而言,此点尤其重要。如果公安司法机关僭越了程序法,不仅在个案上导致权力失控乃至肆虐,而且也使整个司法体制和法律制度丧失其应有的权威性,而法无权威正是法治之大忌。因此,从法治的要求看,只要是违反了法律的规定,无论违反的主体是国家机关还是普通公民,无论违反的主观因素是故意还是过失,无论违反的对象是实体法还是程序法,都应当产生相应的消极后果。这种消极后果有可能是实体性的,如违法者受到行政处分甚至刑事制裁,也有可能是程序性的,如行为无效或者采取补救措施,包括要求重新进行程序。只有从形式上否定了违法程序,法律才有可能起到威慑和昭示作用。显然,将程序倒流,要求违反法定程序的公安司法机关重新进行某项诉讼行为,即为这种消极后果的体现。

其次,程序倒流是保证案件公正审判、补救当事人诉讼权利的一种有效方式。“公正审判权是现代刑事司法制度中的核心范畴,它标示着:国家对犯罪的追诉和惩罚应以保障被追诉者的公正审判权为前提,换言之,现代刑事程序的设置旨在防止由于公共权力的滥用而产生的侵害。”<sup>〔3〕</sup>与公安司法机关违反法定诉讼程序相伴随的,往往是对当事人诉讼权利的侵犯。例如,违反公开审判制度、违反回避制度、审判组织组成不合法都在一定程度上限制或剥夺了当事人享有的公正审判权。当事人诉讼权利无论与实体公正是否有直接的关联,但不可否认的是,这些权利一旦被法律确认,就表明了法律对这些权利本身及其背后所蕴含价值的肯定与保护。如果公安司法机关违反了法定的程序,限制或剥夺了当事人诉讼权利,那么,这些权利的规定对于当事人而言,就是虚置的。因此,违反法定诉讼程序,从形式上看,与当事人诉讼主体的地位格格不入;从实质性角度考察,甚至有可能影响诉讼结果。而法律要求公安司法机关在特定情况下将程序倒流,其目的就是为了在重新进行的诉讼程序中,对当事人的诉讼权利进行补救,保障当事人的公正审判权,在一定程度上弥补前程序缺陷、错误对当事人带来的上述消极后果。另外,实行程序性补救对于当事人和社会大众接受诉讼过程以及过程产生的结果也是必要的。“不仅要主持公正,而且要人们明确无误地、毫不怀疑地看到是在主持公正,这一点不仅是重要的,而且是极为重要的。”“原因很简单,公正必须来源于信任。”<sup>〔4〕</sup>

但是,如果仅仅从程序的独立价值或者程序本身的重要性来诠释基于程序补救目的的程序倒流是不够的。因为从世界范围来看,没有一个国家法律规定,只要发现程序违法就必然会引起程序倒

〔1〕 参见〔德〕马克斯·韦伯:《儒教与道教》,王荣芬译,商务印书馆1995年版,第154页以下。

〔2〕 参见吕世伦主编:《现代西方法学流派》,中国大百科全书出版社1999年版,第337页。

〔3〕 熊秋红:《转变中的刑事诉讼法学》,北京大学出版社2004年版,第5页。

〔4〕 〔英〕丹宁:《法律的训诫》,刘庸安等译,法律出版社1999年版,第86页、第87页。

流以弥补前程序的缺陷，即使是视程序为法律灵魂的美国亦不例外。

美国实行当事人主义诉讼结构，上诉法院审理的对象一般限于当事人已经在原审中提出的主张。因此，原审法院即使有错误，当事人如果没有在原审中提出，原则上视为其放弃权利，上诉法院维持原审判决。但是，为了防止司法不公，联邦和绝大多数州承认在“明显错误”（plain error）的情形下，上诉审法院亦有干预的职责。所谓“明显错误”，联邦和各州有不同的定义或理解。《联邦刑事诉讼规则》第52条（b）规定：“明显之错误、瑕疵影响显著权利（substantial rights），即使当事人未提出，法院有义务注意。”有许多州将其定义为严重的、异常的、显著的、明了的、高度偏见的或者不更正会导致司法不公，而有的州认为违反宪法的规定为明显错误。<sup>〔5〕</sup>对于当事人在原审中已经提出主张，而原审法院作出了错误的裁定，美国早期受英国法的影响，遵循有害错误法则（exchequer rule），案件一律发回重审。自20世纪初期起，美国联邦和各州又依循英国法的转变，确立了无害错误法则（harmless error rule）。美国各法院判断是否为“无害”之标准，有两种不同的类型：“显著权利”标准（substantial right test）和“影响结果”标准（outcome-impact test）。按照“显著权利”标准，“上级法院只能自权利规范之目的及利益，判断该权利之利益是否被侵犯，而不应考虑其他。”<sup>〔6〕</sup>例如，没有遵守陪审团选任的规定、陪审团成员来自该辖区以外，管辖错误等等。按照“影响结果”标准，虽然原审违反被告显著权利，但这种错误不影响案件的审判结果，就不发回重审，如违反证据展示规定、对陪审团作出证据评估的错误指示等，虽然侵犯了被告显著权利，但不一定会影响案件的结果。对于侵犯公民宪法权利的宪法性错误，美国也经历了一个转变的过程。在1960年以前，美国联邦最高法院只要发现下级法院有宪法性错误，判决均发回重审。在上个世纪60年代，由于发生了正当程序革命，宪法权利适用于各州，宪法性错误是否必然引起发回重审，情况较为复杂。从总的来看，分为两种情形，包括“当然发回错误”和“审判错误”。只要有“当然发回错误”的情形，上诉审法院就一律发回重审，如结构瑕疵（structural defects）和公理不容（public intolerance），前者包括被告无律师协助、审判法官违反中立原则等，后者包括挑选大陪审团有种族歧视情形等。所谓“审判错误（trial error）”，是指法官在审判过程中对证据取舍裁定的错误，例如采纳了违反被告有权获得律师协助取得的证据。对于此类错误应遵循上述“无害错误”原则。由于美国实行判例法，加之联邦和各州的司法并不尽相同，所以上诉法院对待程序性违法行为的后果处理也并不一致，但是，对于违反被告受快速审判的权利、违反禁止双重危险的权利、被告自行代理的权利等等，联邦最高法院判决为当然发回重审，而且也无争执。<sup>〔7〕</sup>

在其他一些国家，对于严重的程序性错误，往往也会导致程序倒流。如在俄罗斯，如果审判法庭或者陪审团组成不合法，除法定情形下对被告人进行缺席审判，在强制辩护案件被告人没有辩护人或者侵犯了被告人获得辩护人帮助权的其他行为，侵犯受审人使用他通晓的语言和利用翻译人员帮助的权利，没有给予受审人参加辩论的权利，没有让受审人最后陈述，在判决时违背陪审团或法官评议保密原则，在审理或判决时法官没有签字，没有庭审笔录等，第二审上诉法院要做出撤销刑事判决或者法院其他裁决，并将刑事案件发还一审法院或第一上诉法院从庭前听证或者法庭审理阶段、或者从法庭在陪审团作出判决后的行为开始重新进行法庭审理。<sup>〔8〕</sup>在德国，以下情形构成“绝对上诉理由”：审理法庭组成不符合规定；依法不得执行审判职务的法官、陪审员参与了判决；有偏袒之嫌的法官、陪审员被要求回避，但最终参与了审判；法院行使管辖权错误；在检察院或者

〔5〕 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》，北京大学出版社2005年版，第551页。

〔6〕 同上书，第555页。

〔7〕 同上书，第571页。

〔8〕 参见《俄罗斯刑事诉讼法典》第378、379、381条，黄道秀译，中国政法大学出版社2003年版，第254页以下。

依法应当在场的人员缺席情形下进行了审判；判决是在违反了程序公开性原则的言词审理基础上作出的；判决没有说明理由，或者没有在法定期限内将判决理由装存案卷；在某个对于裁判具有重要性的问题上，法院以裁定错误地限制了辩护。<sup>〔9〕</sup>在这些情形下，除了管辖错误交由有管辖权法院审判外，其他案件将发回做出原判决法院的另一个审判机关或者审判庭，或者同一个州的另一个同级法院审判；如果是州高级法院在第一审裁判程序中有上述情形，应当将案件发回该法院的另一个审判委员会。在日本，下列情形下构成“申请控诉的理由”：判决法院没有依照法律规定组成的；依法不能参与判决的法官参与案件判决；违反审判公开的规定；管辖违法或者管辖错误，违法受理公诉或者不受理公诉；诉讼程序违反法令并且违法显然影响判决。在这些情形下，原判决应当被撤销，并发回重审，或者移送有管辖权法院，如果上诉法院有第一审案件管辖权，则直接判决。<sup>〔10〕</sup>

通过对上述国家立法例的分析不难发现，并不是所有的程序性违法都会导致程序倒流。程序违法固然有时会导致司法不公、权利保障不力的恶果，但是，如果都将程序倒流，不仅不现实，而且弊端亦很明显。这主要是由刑事诉讼程序价值目标具有多重性决定的。随着法治进程的推进，程序的独立价值已经被认同或接受。但是，承认程序的独立价值并不能忽略或者抹煞程序的工具价值，即程序的设置对于实体公正之作用。所以，在考虑程序违法的消极性后果时，立法者或者司法者（判例法国家）往往考虑到程序对于实体结果的影响。另外，除程序公正、实体公正为刑事诉讼价值目标之外，还有其他的价值，如效率也是程序倒流必要性中所必须考量的因素。正因为如此，美国联邦最高法院表示，承认无害错误法则，是因为刑事审判的中心目的在于决定被告有罪与否，在于提升公众对于司法程序的尊敬与信心，应专注于审判的公平性，而不是不重要的错误。若不论错误对判决结果的影响如何，而一律发回重审，只会鼓励当事人滥用司法资源，导致人民对司法的鄙视。<sup>〔11〕</sup>程序倒流不仅使正义结果迟到、消耗宝贵的司法资源，还有其他的负面效应，如增加当事人的负担。程序倒流使得诉讼的时间延长，不仅可能延长被追诉人的人身自由受限制或剥夺的时间，财产的使用、处分受限制，律师费用的增加，而且由于裁判的不确定性延长，增加精神上的负担。同理，程序倒流也有可能增加被害人的代理费用和精神上的讼累。因此，基于程序性补救目的的程序倒流有无必要，应当考虑程序违法对司法公正冲击的程度、对当事人诉讼权利影响以及效率等多种综合性因素。

我国刑事诉讼法也规定了基于程序补救目的的程序倒流。刑事诉讼法第191条规定：“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：（一）违反本法有关公开审判规定的；（二）违反回避制度的；（三）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；（四）审判组织的组成不合法的；（五）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。”毫无疑问，在违反公开审判制度、违反回避制度、审判组织组成不合法等程序违法情形下，将案件倒流到一审，对于制裁程序性违法，实现审判公正，保护当事人的诉讼权利等，有积极的价值。然而，我国相关规定也欠缺合理性与正当性，主要体现为以下几个方面：

第一，现行基于程序补救目的的程序倒流范围具有局限性。从上述刑事诉讼法第191条的规定不难看出，纯粹因为程序违法而引起程序倒流的，只有在极少数情形下产生，包括违反公开审判、违反回避制度、审判组织组成违法。对于其他一些严重的程序性错误，或者剥夺、限制了当事人非常重要的诉讼权利，并不一定导致程序倒流。在司法实践中，最为常见的、严重的程序性错误或者

〔9〕 参见《德国刑事诉讼法典》第338条，李昌珂译，中国政法大学出版社1995年版，第126页。

〔10〕 参见《日本刑事诉讼法》第377、378、379条，第397—400条，宋英辉译，中国政法大学出版社2000年版，第84页、第85页、第88页。

〔11〕 参见前引〔5〕，王兆鹏书，第554页。

严重侵犯当事人诉讼权利的有以下几类：

(1) 管辖错误。按照法治原则，一切公权力行为的行使必须经过法律的授权。因此，没有法律依据的公安司法机关进行的诉讼行为，就失去了合法性和基本的正当性。同样道理，如果法院对一个案件没有管辖权而对其进行了审理，无论其结果如何，这种行为从本质上是无效的。上述西方代表性国家的立法例也体现了这一点，即只要是违反了管辖的规定，案件将被发回有管辖权的法院重新审判。我国法律虽然规定了刑事审判地域管辖和级别管辖，并且也规定了审判法院发现没有管辖权时的移送制度，但是，却没有明确违法管辖的程序性后果。在司法实践中，一些法院由于种种原因，违反甚至恶意规避法律有关管辖的规定，对案件行使审判权。如在余祥林案件中，原一审的中级法院为了逃避高级法院的监督，改变一审管辖法院，将案件交由基层法院审判；有些地方法院甚至从地方保护主义的角度出发，对本不属于自己管辖的刑事案件甚至民事纠纷进行刑事审判。因此，无论是从借鉴外国法的经验，还是从我国司法实践中出现的问题出发，一审法院如果违背管辖规定的，上级法院应当撤销原判，并将案件交由有管辖权的法院审理。

(2) 剥夺或者限制当事人的辩护权。“刑事诉讼的历史就是辩护权发展的历史。”〔12〕毫无疑问，辩护权是犯罪嫌疑人、被告人在诉讼中享有的核心权利，也是行使其他诉讼权利的基础和保障。正因为辩护权如此重要，我国宪法第125条才规定了“被告人有权获得辩护”。这是我国刑事诉讼中被追诉人诉讼权利为数不多的“宪法化”之一。但是，按照我国刑事诉讼法第191条的规定，“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的”，才应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。在这里，按照立法意图，“公正审判”指的是“实体公正”，而不是“程序公正”，因为此处“公正审判”如果包括“程序公正”，“可能影响公正审判”就显得多余——只要是剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，必然会不同程度地影响程序的公正性。对于剥夺被告人辩护权，并不一定引起程序倒流，这不能不说是我国刑事诉讼的一大缺憾。

(3) 剥夺、限制当事人对关键证人的质证权。在我国，证人出庭率低已成为众所周知的事实，甚至一些关键性的证人不出庭也不鲜见。关键性的证人不出庭作证不仅使得当事人不能有效参与法庭审判，以自己的行为影响裁判的结果，而且也与当事人的诉讼主体地位不符，这不仅严重影响程序公正，也很有可能影响实体公正。然而，不仅我国刑事诉讼法没有明确将此种情形纳入“应当发回重审”的范围，而且相关的司法解释还为此提供进一步的“依据”。最高人民法院《关于执行刑事诉讼法若干问题的解释》第141条除了规定未成年人、庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的人可以不出庭作证外，还规定了证言对审判不起直接决定作用的人，以及“有其他原因的”，经法院准许，可以不出庭作证。显然，“有其他原因”语焉不详，究竟包括哪些范围，具有很大的随意性，不过可以肯定的是，与“证言对审判不起直接决定作用”相对应，其中包括那些对案件起直接决定作用，但由于“其他原因”无法出庭的人。笔者认为，为了保证庭审改革的落实与深入，保障当事人的质证权，法律应当从正面规定，除证人死亡、完全丧失行为能力的情形外，证言对案件认定其关键作用的人，应当出庭作证；否则可以作为发回重审的理由。

另外，我国基于程序补救的程序倒流仅仅出现在二审阶段，而在审判监督程序和死刑复核程序中却没有作相应的规定。按照《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》第5条，最高人民法院“发现第一审人民法院或者第二审人民法院违反法律规定的诉讼程序，可能影响正确判决的”，应当将案件发回重审。对于死刑缓期两年执行的案件，无论是刑事诉讼法还是相关的解释，对于程序本身的错误，无论这种错误程度如何，均不会引起程序倒流。按照最高人民法院《关于规范人民法院再审立案的若干意见（试行）》第7条第8项规定，只有“审判程序不合法，影响案件公正裁判的”，人民法院才应当决定立案。根据这些规定，在死刑复核阶段和再审阶段，无论一审

〔12〕〔日〕西原春夫：《日本刑事法的形成与特色》，李海东译，法律出版社、日本成文堂1997年版，第433页。

或者二审程序中有何种程度的程序性错误,只有当这种程序错误影响到实体问题正确裁判的,程序才有可能倒流。这不仅造成立法内部本身的不协调,而且也是典型的“重实体、轻程序”的体现。因此,根据法律内部应当具有系统性和协调性的原则,对于在二审中可能引起程序倒流的情形,也应当适用于再审程序与死刑复核程序。

第二,现行的基于程序性补救目的的程序倒流没有尊重当事人的程序选择权。我国修改后的刑事诉讼法虽然吸收了当事人主义的一些内容,但是,并没有从结构或模式上改变职权主义甚至是强职权主义的基本色彩。职权主义因素体现在基于程序补救的程序倒流方面就是,即使当事人在二审中没有提出程序性违法的审查请求,二审法院如果发现了诸如违反公开审判的,违反回避制度的,审判组织的组成不合法等情形,都应当依职权将案件倒流到一审。此种做法充分体现了法院保证案件审判公正的职责与保护当事人诉讼权利的义务;但与此形成对照的是,当事人话语权的湮灭。换言之,即使诉讼权利遭受侵犯的当事人不主张甚至不愿意将案件发回重审,但是在上述法定情形下,案件还是应当倒流。如果说“权利”、“公正”是抽象的“大词”,但我们应当承认,当事人对一个诉讼公正性的评价是综合的,同时对诉讼及其结果的感受则是具体的,包括物质上的(如诉讼费用的支出)和精神上的(如承受讼累);那种为了实现权利而不惜一切代价追求权利的情形往往带有强烈的理想色彩。“审判公正”或者“诉讼权利的保障”最直观的感受者、最权威的评判者应当是与案件有直接利害关系的当事人。古人云:“覆水难收”。在权利侵犯既成事实的情形下,补救程序有无必要或者相应方案的设计应当有一个底线,即应当尊重被侵害人的感受和诉求。如果权利遭受侵害的当事人认为程序倒流没有必要或者很有可能将损害扩大化,这种程序弥补就显得多余。按照这种逻辑,在二审审判过程中,如果发现程序严重违法,有无必要发回重审,首先应当征求诉讼权利被侵害人的意见。如果权利被侵害人认为有必要采取程序倒流,则应当发回重审;如果权利被侵害人认为没有必要,或者认为继续进行有可能使其处于更加不利的境地,则没有必要发回重审。

第三,现行的程序倒流有可能使得被追诉人处于更加不利或更加危险的境地。这表现为两个方面:

首先,程序倒流在客观上可能延长被告人的羁押期限。依据刑事诉讼法第194条的规定,第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件,原审人民法院从收到发回的案件之日起,重新计算审理期限。而在我国,审判羁押期限与审判期限并行、相同,如果案件发回一审法院重新审判,同时也意味着被告人的羁押期限随之重新计算。我国并没有独立的羁押制度,因此不存在一个专门的程序审查羁押的合理性与必要性。程序倒流是因为司法机关没有遵守法定程序造成的,而倒流造成的“负担”却要由追诉人承受,这种做法显然对于被追诉人不公平。基于此,法律应当规定,案件发回重审时应当审查羁押的必要性;如不符合羁押条件的,应当立即释放或者变更为其他强制措施。

其次,程序倒流有可能使被告人处于更加危险的境地。在我国,原审法院对于发回重审的案件,依照第一审程序进行审判,而且“上诉不加刑原则”并不适用于发回重审的案件,也就是说,即使二审程序是由于被告人不服一审裁判提出上诉启动的,发回重审后法院做出的新裁判有可能比原审裁判更加不利于被告人。这种规定的不合理之处与上述相同,即,程序倒流是由法院的违法行为所导致,而后果却有可能使被告人处于更加危险的境地。这种潜在的危险有可能增加被告人上诉的顾虑。日本刑事诉讼法第401条规定:“对于由被告人提出控诉或者为被告人利益而提起的控诉案件,不得宣告重于原判决的刑罚。”德国刑事诉讼法第358条作了类似的规定。将上诉不加刑原则适用于发回重审的案件,有其合理性,我国立法应予采纳。另外,在案件审理上,我国绝大多数案件实质上并非实行法官个人独立,而是法院的集体独立,所以,在发回重审时,即使法律规定原合议庭的成员应当回避,仍然避免不了原审法院与案件有利害关系之嫌。基于此,我国可以借鉴德

国的做法，即上诉审法院确定案件需要发回重审后，应当将案件移送与原审法院同一级别的其它法院进行审判。

### 三、程序倒流——实体性补救

与上述程序倒流不同，引起实体性补救功能的程序倒流的原因是前一个诉讼阶段公安司法机关没有查清案件事实，或者案件实体处理不公，而将程序倒流到前一个诉讼阶段，并进行相应的诉讼行为。

从世界范围内来看，无论是强调正当程序的英美法系，还是强调实质真实的大陆法系，虽然它们的诉讼价值取向有所差异，但是通过法定的程序发现案件真实都是刑事诉讼法追求的目标之一。美国《联邦刑事诉讼规则》第2条“目的和结构”指明：“本规则旨在为正确处理每一起刑事诉讼提供规则……”美国《联邦证据规则》第2条“目的和结构”同样规定：“本规则……以实现确定事实真相……”日本刑事诉讼法第1条“本法的目的”开宗明义指出“本法……明确案件的事实真相……”。因此，在诉讼中，如果发现前一个阶段实体问题处理错误，法律一般都会采取相应的措施以补救。如在英国，上诉审的种类有四种，其中就包括“重新审判型上诉”，即重新对案件进行审判，控辩双方都可以举出新的证据和提出新的辩论理由。<sup>〔13〕</sup>在德国，“上诉法院有义务收集和出示所有必要的证据以达成一项判决。”<sup>〔14〕</sup>当然，这种对实体公正的追求并不是不受限制的，它要受到其他价值目标，尤其是受到保护被告人权益的限制。例如，在英国、德国、日本、俄罗斯等国家，法律明确规定了对于被告人的上诉或者为被告人利益提出的上诉审之中，对被告人“禁止不利的变更”。

在我国，为了弥补前一个诉讼阶段事实或证据认定方面的错误，或者纠正前一个诉讼阶段实体处理方面的错误结果，法律也规定了相应的救济措施，其中之一就是将案件倒流。但是，与其他国家有所不同的是，我国出于实体纠错或补救目的的程序倒流并不限于二审，主要有以下几种情形：（1）检察机关在审查案件时，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，并且此种补充侦查以两次为限。对于经过补充侦查，证据仍然不足的，检察机关可以做出不起诉决定（刑事诉讼法第140条）。<sup>〔15〕</sup>（2）第二审人民法院对于原判决事实不清楚或者证据不足的，可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判（刑事诉讼法第189条）。（3）对于报请核准的死刑缓期二年执行的案件，高级人民法院复核时如果认为原判事实不清、证据不足的，应当裁定发回重新审判。（4）对于案件事实不清、证据不足，或者依法不应当判处死刑的，最高人民法院应当将案件发回重新审判（《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》第3、4、5条）。上述四种程序倒流虽然从总体上考察，都是为了案件实体公正处理而设立的，但是其具体的目的或功能还是有所不同。为了甄别其合理性，以下从其设置的具体目的或功能分别论述。

第一，审查起诉阶段退回公安机关补充侦查。我国审查起诉阶段有两个重要的任务，一是为了审查案件是否符合起诉的条件，另一个则是为了审查侦查活动的合法性。这与检察机关行使控诉职能和法律监督职能相一致。应当说，审查起诉阶段退回补充侦查的相关规定，是上述两个任务的折射。检察机关在审查起诉时，发现事实不清或者证据不足，不符合起诉条件，退回公安机关补充侦查，一方面保证了准确惩罚犯罪、提高公诉质量，另一方面则减少或防止了对被追诉人滥诉的可能

〔13〕 参见 [英] 麦高伟等：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，法律出版社 2003 年版，第 438 页。还有其它三种上诉类型，包括有限重审型上诉、程序审查型上诉和重新听证型上诉。参见此书第 438 页、第 439 页。

〔14〕 [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 221 页。

〔15〕 在我国审判阶段的补充侦查的后果只能导致延期审理，而不能将案件倒回到审查起诉阶段，故在此不作讨论。

性。同时,审查起诉阶段,退回公安机关补充侦查以两次为限,每次不超过一个月,也体现了法律在追求惩罚犯罪价值目标的同时,在一定程度上照顾了程序的正当性。出于此种目的的程序倒流似乎在实体公正与程序公正之间寻找到了一个平衡点。但是,总的看来,此种“平衡”仍有诸多不合理之处,这主要表现为以下几个方面:首先,我国证据不足不起诉或者存疑不起诉以补充侦查为前提。按照现行规定,检察机关在审查起诉时,如果发现事实不清或者证据不足,并不能直接做出不起诉的决定,因为“补充侦查”是一个必经的前置程序。在有些情况下,检察机关认为该案件即使补充侦查也不可能查清,没有退回补充侦查的必要,但仍然要求按照法律的规定进行补充侦查。此种比较机械的规定,不仅浪费了宝贵的司法资源,而且也增加了被追诉人的讼累。其次,法律没有规定案件退回以后,公安机关如果没有补充新的证据,或者没有查清事实,或者没有在法定期限内再次移交审查起诉的后果。因此,在司法实践中,有时会出现公安机关在案件退回以后消极侦查的现象,甚至出现“退而不侦”的情形。再次,由于退回补充侦查导致犯罪嫌疑人的羁押期限另行计算,这在客观上导致了被追诉人的羁押期限很有可能延长。正如上文所述,这种控诉机关办案不力的后果,却由被追诉人承担的做法,显然有违公正。

基于此,笔者建议,为了使审查起诉阶段退回侦查机关补充侦查更具有合理性,应当规定:在审查起诉阶段,检察机关对案件审查以后,对于事实不清或者证据不足的,可以做出不起诉决定,也可以退回补充侦查。退回补充侦查以两次为限,每次期限不能超过两个月。退回补充侦查后,侦查机关没有在法定期限内移交审查起诉,检察机关应当作出不起诉的决定。另外,退回公安机关补充侦查羁押期限不重新计算;超过侦查羁押法定期限的,应当将犯罪嫌疑人释放,或者变更为其他的强制措施。

第二,“事实不清”、“证据不足”时发回重审。在二审或者死刑复核程序中,如果发现原判事实不清或者证据不足,二审法院“可以”或者死刑复核法院“应当”将案件发回重审,其目的是为了将案件倒流回原审法院后,由其在查清案件事实的基础上做出相应的裁判。应当说,这些规定也缺乏正当性,因为与刑事证明责任基本原理和“疑罪从无”的理念相冲突。按照证明责任原理,在一般情形下,公诉案件由检察机关承担证明被告人有罪的责任,并且在举证不能时由其承担败诉的风险。举证责任的分配解决了司法实践中,当案件处于真伪不明时,法院如何裁判的问题。即,当检察机关不能将其主张证明到法定的程度或标准,法院应当作出“疑罪从无”的裁判,或者作出其他有利于被告人的解释,如罪行轻重无法确定时,按照罪轻裁判。据此,二审法院或者死刑复核法院在事实不清、证据不足时裁判结果应当与一审相同,即二审法院发现“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当以证据不足,指控的犯罪不能成立,判决宣告被告人无罪”;“案件事实部分清楚,证据确实、充分的,应当依法作出有罪或者无罪的判决;事实不清,证据不足部分,依法不予认定。”(《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第176条第4、5项)死刑(包括死缓)复核法院在复核死刑时,也应当秉持此精神,即:对于事实不清,证据不足的,应作出无罪的裁定;对于部分事实清楚的,作出相应的改判。

另外,由于我国实行“复审制”,即二审法院对于案件实行全面审查,同时在二审中控辩双方可以提出新的证据。对于在二审中提出新证据的情形,依照法律的规定,二审法院既可以发回重审,也可以在查清事实的基础上改判。这种做法违背了两审终审制的精神和立法意图。两审终审制意味着对一个案件,检察机关以及被告人有权要求上下两级法院对案件进行两次审理。但是,按照现行的规定,在二审中出现新的证据,如果二审法院在查清事实的基础上直接改判,那么,在此种情形下,对于新的证据及其所认定的事实其实只是经过了一级法院审理。这种做法与两审终审制相悖。因此,从理论上推论,如果在二审中,出现新的证据,足以影响事实认定的,“应当”将案件发回重审,而不是“可以”发回重审。

在司法实践中,二审法院在事实不清、证据不足时发回重审实际上发挥着三类功能:第一类是



“退回补充侦查”。即，二审法院退回一审法院，让一审法院调查事实和证据，而一审法院往往在与检察机关沟通后，由检察机关补充侦查或者补充证据。很明显，这种做法与裁判者应把持的中立性相违背，二审法院和一审法院都在一定程度上扮演了追诉者的角色，其结果是控审不分。第二类是二审法院借发回重审规避矛盾。在司法实践中，有些案件尤其是检察机关提出抗诉的案件大多关系复杂、矛盾尖锐，处理起来比较棘手或者受外界干扰较多，二审法官大多不愿意也不敢让案件在自己的手中做个了断，因此往往并不区别主要与次要，只要认定案件事实不清或者证据不足，甚至根本不进行“事实是否清楚，证据是否充分”的判断就裁定将案件发回重审，以此推卸责任、回避矛盾。<sup>〔16〕</sup>如在“许霆案”中，二审法院在事实和证据基本没有争议的情形下，却以“事实不清，证据不足”发回重审。由于此案在法律适用和量刑方面争议颇多、影响较大，二审法院发回重审不能说没有规避矛盾之嫌。第三类是发回重审为下级法院纠正错误提供机会。在一些案件中，如果二审法院直接做出无罪判决或者改判，往往意味着一审法院作出了错误的判决，这往往会对一审法院甚至相关人员产生一些不利的后果，如法院系统的评比，法官的考核、晋升方面可能受影响。而发回重审以及与之相随的上下级法院之间的“沟通”有时则可以避免这种局面的出现。为了解决上述问题，除了要限制发回重审的原因外，还要改革或完善相关的评价机制，如法院系统内部的考评制度。除在适用程序方面错误或者证据、事实认定方面存在故意或者重大过失的情况下，应对一审法院或者相关办案人员作消极评价外，仅因为上级法院改变事实认定的，下级法院和相关法官不应承担消极后果，因为对事实和证据的认定受多重因素影响，在很大程度上属于自由心证的过程。<sup>〔17〕</sup>甚至可以说，在没有新证据的情形下，二审法院对事实认定的准确性并不一定高于一审法院，因为，“随着时间的消逝，事实被证明的可能性已愈来愈低，因此，也就无法担保，经由第二次的事实审能获得一较好的裁判。”<sup>〔18〕</sup>

第三，最高人民法院复核死刑立即执行案件时，原判决认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，裁定不予核准，并撤销原判，发回重审。显然，在事实清楚，仅仅量刑不当的情形下将程序倒流，使案件的处理徒增另外一环节，浪费了宝贵的司法资源，完全没有必要。基于此，在此种情形下，应当由最高人民法院直接改判为死刑立即执行之外的其他刑罚。

#### 四、程序倒流——规避错误

基于规避错误而设置的程序倒流，是指公安司法机关为了纠正前一个诉讼阶段错误的处理决定，而将案件倒回并做出相应处理的做法。与实体补救功能的程序倒流不同，此种倒流是司法机关在审查起诉或者审判过程之中，即决定或裁判作出之前，在发现前一个诉讼阶段的处理结果是错误的情形下，将案件倒流到前一个诉讼阶段。我国相关司法解释中规定了两类此种情形的程序倒流，而刑事诉讼法并没有规定。第一种是在审查起诉阶段，检察机关发现犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为或者犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为的，退回侦查机关处理。具体而言，包括两种情形：检察机关对于公安机关移送审查起诉的案件，发现犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为，应当书面说明理由，退回公安机关；发现犯罪行为并非犯罪嫌疑人所为的，应当书面说明理由，退回公安机关，建议重新侦查。对于检察机关自侦案件，出现上述两种情形的，审查起诉部门应当退回本院侦查部门，建议撤销案件（《人民检察院刑事诉讼规则》以下简称《规则》第262、263条）。第二种是在法院宣告判

〔16〕 参见陈卫东、李奋飞：《刑事二审“发回重审”制度之重构》，《法学研究》2006年第2期。

〔17〕 关于此论述，参见汪海燕、胡长龙：《自由心证新理念探析——走出对自由心证传统认识的误区》，《法学研究》2001年第5期。

〔18〕 [德] 克劳斯·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第501页。

决以前,检察机关发现不存在犯罪事实、犯罪事实并非被告人所为或者不应当追究被告人刑事责任的,可以要求撤回起诉(《规则》第351条)。

上述两种程序倒流,虽然出现于不同的诉讼阶段,但是有很多类似之处。第一,这两类程序倒流的前提是,已经确定前一个诉讼阶段认定的结果为错误。犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为或者犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为,侦查机关应当作出撤销案件或者变更犯罪嫌疑人的决定,如果将案件移送检察院审查起诉,此决定显然错误;同样,在不存在犯罪事实、犯罪事实并非被告人所为或者不应当追究被告人刑事责任的情形下,检察机关在审查起诉阶段应当作出不予起诉的决定,如果提起公诉,此种决定也是错误的。第二,这两种程序倒流可以避免错误处理结果带来的消极评价。在上述情形下,如果审查起诉阶段检察机关直接做出不予起诉的决定,或者审判阶段法院直接做出无罪判决,这种不予起诉决定或者无罪判决则否定了侦查终结或者审查起诉的处理决定。而如果将案件倒回,公安机关或者检察院侦查部门再根据具体的情形作出撤销案件或者重新侦查的决定,或者检察机关做出不予起诉的决定,则可以避免这种消极评价和其他消极后果的出现。

上述两种程序倒流的消极后果也具有相同之处。首先,这两种程序倒流是以牺牲犯罪嫌疑人、被告人的权益为代价的。在上述不应当追究犯罪嫌疑人、被告人刑事责任的情形下,法律应当根据具体情况及时终止程序,消除被追诉人“嫌疑”的特殊身份,解除对其已经采取的人身、财产方面的限制,这无疑减少国家追诉权负面效应的最合情合理的做法。然而,在确定被追诉人已无嫌疑的情形下,国家机关为了自身部门利益而将案件倒流,是一种漠视人权的体现。其次,此种做法浪费了宝贵的司法资源。司法资源稀缺已成为共识,而且也是制约司法公正的重要因素。司法效率实现途径之一即为及时终止那些没有必要继续进行的诉讼程序。在发现没有必要追究犯罪嫌疑人或者被告人刑事责任的情形下,在审查起诉阶段,最经济、最有效率的做法是作出终止程序的不起诉的决定;在审判阶段,法院最合理的做法是作出宣告被告人无罪的判决。将案件倒流的处理方式无疑浪费了宝贵的司法资源。基于上述分析,笔者建议,在上述情形下,在审查起诉阶段,检察机关应当作出不予起诉的决定;在审判阶段,法院应当宣告被告人无罪。

上述两类程序倒流的根据是司法解释,因此,至少从形式上看,这些做法具有合法性,但在司法实践中一些为了规避错误结果的程序倒流,则明显具有“非法性”,其中最典型的是在审查起诉阶段侦查机关撤回案件。按照现行法律的规定,在审查起诉阶段,公安机关并没有撤回案件的权力,检察机关同样也没有要求公安机关撤回案件的权力。但在司法实践中,公安机关或检察机关在意识到因为事实或证据原因无法满足起诉条件的情形下,公安机关往往要求撤回案件或者在检察机关与公安机关协商后由后者撤回案件。显然,此种做法可以避免不予起诉决定否定侦查活动所带来的对侦查机构、侦查人员及其侦查活动的消极评价,同时也可以降低不予起诉的比例,但是其在合法性和正当性方面的缺陷是明显的。从合法性的角度考察,行使国家公权力的机关在没有法律授权的情形下进行的行为即为非法。按照法律的规定,在审查起诉阶段,公安机关并没有撤回案件的权力,而检察机关也只有将案件退回公安机关补充侦查的权力,而没有将案件退回公安机关要求其撤回案件的权力。因此,此种程序倒流缺乏合法性。同样,这种做法也没有正当性的基础,因为程序倒回到侦查阶段,并不意味着侦查机关一定撤销案件,而是有可能继续收集证据,或者将案件搁置起来,其后果是,犯罪嫌疑人无法解除被追诉者的身份、其人身自由或者财产继续受限。笔者认为,在有不予起诉制度和补充侦查制度的前提下,这种撤回案件做法完全没有存在的必要,立法应予禁止。对于没有犯罪事实的案件,检察机关应当作出不予起诉决定;对于事实不清、证据不足的案件,经过法定的补充侦查程序后,应根据相应的标准作出起诉或者不予起诉的决定。