

我国刑事上诉制度多元化的建构路径

——以认罪认罚案件为切入点

牟绿叶*

内容提要：世界主要国家和国际公约为保障被告人的上诉权，确立了权利型上诉和裁量型上诉两种上诉制度。上诉权的本质是要求国家保障被告人获得上一级法院审查的机会，两种上诉制度都体现了保障审查机会的核心要求。上诉理由审核制是裁量型上诉的重要特征，它体现了被告人申请权和法院决定权的分离，既能确保被告人有机会获得上诉救济，也有助于防止滥行上诉、控制案件数量并维护第一审程序的中心地位。目前，在我国部分认罪认罚案件中，确立裁量型上诉和上诉理由审核制具有正当性和必要性。未来，我国应综合考虑案件类型、刑罚轻重、认罪与否、一审程序等因素以及二审程序的价值取向和功能预期，探索构建二元或多元上诉结构，在上诉阶段进一步推进案件繁简分流和司法资源优化配置。

关键词：上诉权 上诉理由审核制 认罪认罚 审级制度

我国 1979 年刑事诉讼法确立的上诉制度至今未发生实质变化。被告人只要对一审裁判不服，就有权提起上诉；对被告人的上诉权，不得以任何借口加以剥夺。四十余年来，我国刑事实体法和程序法领域发生了深刻变革，尤其是最近十余年，刑法体现出明显的扩张趋势，刑事诉讼领域正在推进“以审判为中心”、认罪认罚从宽制度等改革，并探索构建中国特色的轻罪诉讼体系。然而，在“案多人少”矛盾日益突出、犯罪圈和刑罚结构不断调整、刑事诉讼体系多元化发展的背景下，上诉权与二审程序的研究和改革却相对滞后，因此，有必要重新检视上诉制度以回应刑事司法领域的深刻变革。

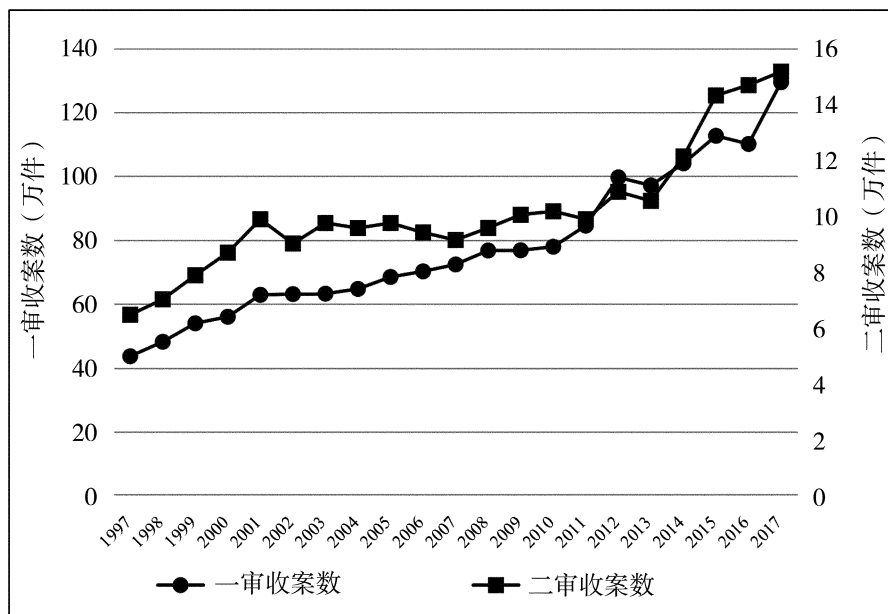
一、为什么研究刑事上诉权

如图 1 所示，从 1997 年至 2012 年，全国法院刑事一审收案数稳步上升，2013 年以来更是出现大幅增长；二十年来，刑事二审收案数的增长趋势与此基本一致。案件数量增长的一个重要原因是刑法的扩张。随着刑法积极回应社会治理的需求，刑法修正案（八）、刑

* 浙江大学光华法学院讲师。

本文是 2020 年教育部人文社会科学研究青年基金项目“刑事二审程序的多元发展和完善路径研究”的成果。

法修正案（九）共增加 27 个新罪，占过去 20 年新增犯罪总数（61 个）的 44%，体现出明显的犯罪化趋势。^{〔1〕} 伴随着犯罪门槛降低和轻罪条款扩张，犯罪数量的整体增加不言而喻。^{〔2〕} 西方学者在研究刑事上诉制度时，犯罪率和犯罪圈都是关键变量。犯罪越多，为一审程序提供的案件越多，最终会导致上诉率提高。^{〔3〕} 在我国，犯罪数量、特别是轻罪数量的增加，同样会导致进入刑事程序的案件数量逐年增加。如果出罪机制有限，一审案件的剧增会相应增加二审法院的负担。



数据来源：《中国法律年鉴（1997年—2017年）》

图 1 1997—2017 年全国法院刑事一审、二审收案数

上诉制度的研究应回应刑事一审程序多元化、精细化的发展趋势。在量刑规范化改革和非法证据排除规则施行后，我国刑事一审程序的裁判对象细化为定罪、量刑和程序合法性问题。2014 年刑事速裁程序试点启动以后，一审程序形成了普通程序、简易程序和速裁程序的三级“递简”格局。^{〔4〕} 然而，目前的上诉程序和审级制度应对多样、复杂问题的方式较为单一，难以满足司法实践对公正与效率的多元需求，尤其是难以解决案件数量剧增与司法资源有限之间的矛盾。二审程序轻易、频繁启动，有损一审裁判的权威性和终局性；二审法院在受理案件时不分案件性质平均用力，无法实现轻重分离、快慢分道的改革目标。最典型的问题是，被告人在一审中认罪认罚后，利用上诉不加刑原则来拖延诉讼周期，以逃避监所服刑。平均每起速裁案件一审用时 7 天左右，上诉后的二审审理周期长达 2 个月，影响了认罪认罚从宽制度和速裁程序的效率价值。^{〔5〕}

〔1〕 参见时延安：《犯罪化与惩罚体系的完善》，《中国社会科学》2018 年第 10 期，第 106 页。

〔2〕 参见何荣功：《我国轻罪立法的体系思考》，《中外法学》2018 年第 5 期，第 1208 页。

〔3〕 See Thomas Marvell, *Is There an Appeal from the Caseload Deluge*, 24 *Judges J.* 34, 52 (1985).

〔4〕 参见魏晓娜：《完善认罪认罚从宽制度：中国语境下的关键词展开》，《法学研究》2016 年第 4 期，第 82 页。

〔5〕 参见颜世征等：《认罪认罚案件被告人上诉应对机制》，《人民检察》2017 年第 15 期，第 38 页。

对此,学者和实务界就能否剥夺或限制认罪认罚案件被告人的上诉权存在争议。代表性的观点认为,上诉权是被告人的一项基本权利,不能剥夺或限制。〔6〕但是,陈光中、熊秋红等学者已经提出应建立上诉审查程序,赋予被告人有条件的上诉权;〔7〕孙长永则明确主张限制上诉权。〔8〕此外,从整个学术研究脉络看,关于我国刑事二审程序与审级制度的重要论著发表至今大多已逾10年,它们集中关注二审程序的功能与构造,涉及上诉理由、审理范围、审理方式等议题。〔9〕这些研究为反思当前改革作了准备,但由于缺乏对近十余年刑事司法改革动态的跟进,而未能处理案件剧增、刑法扩张和一审程序多元化发展所带来的上诉制度相应调整问题。

为了反思“不能限制或剥夺上诉权”的观点并拓宽完善我国刑事上诉制度的构建思路,本文首先分析世界主要国家保障上诉权的两种制度形式;其次,讨论上诉理由审核制的功能和意义;再次,以认罪认罚案件为切入点,论证引入裁量型上诉与上诉理由审核制的正当性和必要性;最后,以两种上诉类型为基础,对我国刑事二审程序与审级制度的整体完善作初步思考。〔10〕

二、比较法视野下上诉权的制度保障

(一) 世界主要国家和国际公约对上诉权的保障

刑事被告人享有获得公正审判的权利,但公正审判不是“完美审判”,无论如何精确的审判制度,皆无法彻底避免错判,故需上诉制度提供救济,以减少事实误认的风险并保障被告人的诉讼权利。同时,上诉制度还具有未来面向性,当下级法院的裁判存在法律错误时,上诉法院负有维护法律统一实施的职责。鉴于上诉制度的重要性,两大法系主要国家和国际公约均保障被告人的上诉权。这主要体现在四个方面:

第一,各国和国际公约普遍规定被告人有权向上一级法院提起上诉。这种上诉权是绝对或自动上诉权,亦称完全的上诉权,其满足形式要件就不会受到限制。例如,英国治安法院就轻罪案件判决有罪后,若被告人未作有罪答辩,则有权就定罪和量刑问题向刑事法院(Crown Court)提起上诉。上诉只要在判决后21天内提出,就无需获得法院许可。在德国,根据刑事诉讼法第312条和法院组织法第24条、第25条的规定,对于初级法院一审管辖的轻罪案件,可由法官一人独任审理或由一名法官和两名参审员组成参审法庭,无论独

〔6〕 参见朱孝清:《认罪认罚从宽制度中的几个理论问题》,《法学杂志》2017年第9期,第21页;最高人民法院刑一庭课题组:《关于刑事案件速裁程序试点若干问题的思考》,《法律适用》2016年第4期,第22页;张薇等:《认罪认罚从宽案件上诉权的限定问题》,《人民法院报》2018年7月19日第7版。

〔7〕 参见陈光中、马康:《认罪认罚从宽制度若干重要问题探讨》,《法学》2016年第8期,第11页;熊秋红:《认罪认罚从宽的理论审视与制度完善》,《法学》2016年第10期,第108页。

〔8〕 参见孙长永:《比较法视野下认罪认罚案件被告人的上诉权》,《比较法研究》2019年第3期,第50页以下。

〔9〕 例如顾永忠:《刑事上诉程序研究》,中国人民公安大学出版社2003年版;王超:《刑事上诉制度的功能与构造》,中国人民公安大学出版社2008年版;陈光中主编:《中国刑事二审程序改革之研究》,北京大学出版社2011年版;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;林喜芬:《我国刑事审级制度功能考辩与变迁改良》,《东方法学》2009年第5期;孙远:《论刑事上诉审构造》,《法学家》2012年第4期。

〔10〕 需要说明的是,本文研究的是被告人在一审宣判后向二审法院提起逐级上诉的二审上诉权,不涉及二审裁判后的救济问题或者一审宣判后越过二审的飞跃上诉制度。

任审理还是参审法庭，亦或控辩双方是否达成认罪协商，被告人不服一审法院裁判，都有权就事实和法律问题提起上诉。^[11]此外，《公民权利和政治权利国际公约》第14条第5款和《欧洲人权公约》第7号议定书第2条，都要求缔约国保障被告人有权获得上一级法院（tribunal）对定罪或量刑问题的再次审查（review）。^[12]

美国宪法中没有关于上诉权的规定，而且在2005年，美国最高法院在哈尔伯特诉密歇根州案中再次重申：上诉权不是宪法权利。^[13]但如今，上诉制度已然是刑事程序的重要组成部分，尤其是在20世纪后半叶，上诉法院的首要职能即是通过个案裁判来促进“法律的生长”。^[14]有鉴于此，联邦和各州都以制定法形式赋予被告人向上一级法院提起上诉的权利。^[15]一方面，无论是重罪还是轻罪案件，联邦和大多数州都规定被告人享有绝对上诉权。另一方面，如果被告人未作有罪答辩，在陪审团或法官判决有罪后，也享有该权利。近年来，美国不断有呼声要求确立宪法性的上诉权，但美国最高法院认为这并没有必要，因为在宪法层面，美国最高法院已经通过宪法第十四修正案的平等保护条款，确保制定法赋予的上诉权得以实现。其中，最重要的保障有二：一是不能因为经济、种族等因素限制上诉权；二是要求律师在辩诉协商中提供有效帮助。^[16]

第二，即使作了有罪答辩，各国和国际公约仍赋予被告人一定形式的上诉权，确保他们能够获得上一级法院的救济。第一种形式是绝对上诉权。例如，在美国联邦司法系统，被告人即使作了有罪答辩，其上诉权也不受限制。但是，在经历了上世纪90年代初案件的爆炸式增长之后，美国已经意识到不可能提供足够的法院和法官来处理所有上诉案件。^[17]已故的伦奎斯特大法官曾一再建议，鉴于上诉成本、迅速审判和判决终局性等因素，联邦司法系统应改变上诉救济的形式。^[18]他赞同的是第二种形式的上诉权，即裁量型上诉，由法院审查上诉理由以决定是否启动正式的听审程序。欧洲理事会明确指出，裁量型上诉符合《欧洲人权公约》保障上诉权的要求。^[19]具体来看，在英国刑事法院一审管辖的重罪案件中，无论是陪审团判决有罪，还是法官基于有罪答辩作出有罪判决，被告人都可以就定

[11] 本文引用的德国刑事诉讼法、法院组织法相关条文，依据《德国刑事诉讼法》，岳礼玲、林静译，载《世界各国刑事诉讼法》欧洲卷·上，中国检察出版社2016年版。

[12] 就一国而言，上诉一般由该国的上一级法院（court）受理；在诸如欧洲人权法院之类的跨国司法组织中，一般由缔约国公民向跨国司法组织的法庭（tribunal）提出上诉。为行文方便，本文统称为“上一级法院”。此外，《欧洲人权公约》此处所指的“审查”（review）应采最广义解释，包括针对事实和法律问题的全面审查，以及只针对法律问题的事后审查。因各国采不同立法例，“审查”的含义须作具体分析。限于篇幅，本文不讨论审查的具体类型。

[13] Halbert v. Michigan, 545 U. S. 605, 610 (2005).

[14] See Paul Carrington, *Justice on Appeal in Criminal Cases: A Twentieth-Century Perspective*, 93 Marq. L. Rev. 459, 465 (2009).

[15] 这种向上一级法院提起的是直接上诉（direct appeal）。本文仅关注这种形式的上诉，而不涉及间接上诉（collateral appeal）、中间上诉（interlocutory appeal）等其他形式的上诉。

[16] Griffin v. Illinois, 351 U. S. 12 (1956); Padilla v. Kentucky, 559 U. S. 356 (2010).

[17] See Robert Parker & Ron Chapman, *Accepting Reality: The Time for Adopting Discretionary Review in the Courts of Appeals Has Arrived*, 50 SMU L. Rev. 573, 574-575 (1997).

[18] See Marc Arkin, *Rethinking the Constitutional Right to a Criminal Appeal*, 39 UCLA L. Rev. 503, 508 (1992).

[19] See Council of Europe, *Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, p. 5, available at <https://rm.coe.int/16800c96fd>, last visited on Jan. 4, 2020.

罪和量刑问题向上诉法院刑事法庭 (Criminal Division of the Court Appeal)^[20] 申请上诉或由原审法官提供一份本案适合上诉的证明书。上诉法院只有认定原审定罪不安全 (unsafe) 时, 才会批准上诉。^[21] 实务中, 原审法官不愿看到自己的判决受到质疑, 几乎不会出具上诉适格证明书, 所以多数被告人必须向上诉法院申请上诉。

美国多个州也采用这种上诉救济形式, 要求答辩有罪者必须基于法定理由向法院申请上诉。^[22] 例如, 密歇根州宪法第 20 条规定, 上诉是被告人的一项权利, 但作了有罪答辩或不置可否的答辩后, 就只能申请上诉, 而不再享有绝对上诉权。在辩诉交易实务中, 检察官经常以“量刑剪刀差”来促使被告人承认有罪, 在随后的听证程序中, 被告人通常只是按照律师起草的样本, 向法官简单陈述事实。^[23] 法官很少对答辩的事实基础展开有效审查, 而且经常不涉及量刑事实, 因此难以发挥法院和听证程序应有的作用。^[24] 与绝对上诉权相比, 裁量型上诉虽然对上诉提出了额外要求, 但答辩有罪者仍有机会向上一级法院寻求救济, 反映答辩自愿性或一审法院审查程序等方面存在的问题。因此, 裁量型上诉也是保障被告人行使上诉权并获得救济的重要形式。

第三, 被告人申请上诉后, 法院应围绕上诉理由展开充分审查, 以确保这种形式的上诉救济是有效的。联合国人权委员会在鲁姆雷诉牙买加案中指出, 被告人申请上诉后, 法院应根据案件性质及所涉及的证据和法律, 对定罪和量刑问题予以充分审查。一国保障了上诉申请获得充分审查后, 就不侵犯《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 5 款赋予的上诉权。^[25] 英国的做法是赋予被告人获得两次审查的机会, 确保有效审查上诉理由。上诉法院收到上诉申请后, 由一名法官作书面审查并作出决定, 是否批准上诉都要载明简短理由。如果法官拒绝批准, 被告人可以再次更新申请并附上相关理由和证据, 请求上诉法院组成全席法庭重新审查。全席法庭由两至三名法官组成, 以公开听证的方式进行审查。^[26] 但是, 两次审查机会是一个审级内的两次审查, 对于全席法庭的裁决, 被告人不得再行提起上诉。

鉴于各国司法体制存在差异, 《欧洲人权公约》的缔约国有权自行设计上诉制度, 规定不同的上诉理由、期限和审查范围, 也可以要求在特定案件中申请上诉须基于法定理由。但无论何种上诉制度, 都应贯彻公约第 13 条“有效救济”条款的要求, 即被告人的上诉权受到侵犯时, 缔约国应依据国内法提供有效救济。欧洲人权法院在科隆巴赫诉法国案中指出, 对上诉权的任何限制都必须基于合法目的, 不能侵犯被告人的公正审判权。^[27] 对上诉

[20] 本文在涉及英国上诉制度时, 皆将其简称为“上诉法院”。

[21] United Kingdom Criminal Appeal Act 1995, Part I, Section 1 & 2.

[22] See Yale Kamisar, et al., *Modern Criminal Procedure*, 13th ed., St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2012, p. 1538.

[23] See Stephanos Bibas & Richard Bierschbach, *Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure*, 114 Yale L. J. 85, 140 (2004).

[24] See Christopher Slobogin, *Plea Bargaining and the Substantive and Procedural Goals of Criminal Justice*, 57 Wm. & Mary L. Rev. 1505, 1518 - 1519 (2016).

[25] Lumley v. Jamaica, Human Rights Committee, Communication No. 662/1995, U. N. Doc. CCPR/C/65/D/662/1995 (Apr. 30 1999), para. 7. 3.

[26] See Liz Campbell, Andrew Ashworth & Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 5th ed., Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 389.

[27] Krombach v. France, application no. 29731/96, European Court of Human Rights (Feb. 13 2001), para. 96.

理由的审查不得恣意裁量，而且被告人应有机会获得直接听审。^[28]如果上诉法院只是基于审判效率的考量而拒绝批准上诉，则违反公约的要求。^[29]与欧洲人权法院采用的公正审判标准不同，美国通过个案分析来判断上诉申请是否得到了充分审查。例如，政府应对贫穷被告人提供必要帮助，若他们因无法负担上诉费用而不能申请上诉，其上诉权就受到了不合理限制。^[30]此外，上诉理由的审查应贯彻法官保留原则，不能由法官助理或其他非司法人员代替为之，以确保审查的权威性并体现对被告人权利的尊重。^[31]无论是“公正审判”还是“个案分析”，均要求确保上诉申请获得充分、有效的审查，体现了保障上诉权的要求。

第四，在特定情形下，明确禁止放弃上诉权。在认罪协商过程中，被告人处于实力和资讯的劣势地位，经常难以作出自愿、明智的选择。禁止弃权就是保障上诉权，能够防止一审程序过分追逐效率而影响认罪的自愿性和协商程序的规范性。美国学者发现，大约三分之二的被告人在答辩有罪后放弃了量刑上诉权，相应地，检察官会给予额外的量刑优惠。^[32]被告人可以自愿、明知、明智地放弃上诉权，但是，若弃权会导致严重的司法不公，则法院有权拒绝承认弃权的有效性。迄今为止，法院已经认定下列情形中的弃权是无效的：量刑超过法定幅度；考虑了种族等禁止性因素；无效辩护；量刑范围过于宽泛。^[33]这里尤其值得关注的是无效辩护。2012年，美国最高法院在拉弗勒尔诉库珀案、密苏里州诉弗莱案中指出，如果律师没有将检察官的建议告知被告人，或者律师提出了错误意见，致使被告人最终被判处的刑罚高于量刑建议的，属于无效辩护。^[34]此后，联邦和各州很多检察官在协商中要求被告人作出弃权承诺，有研究发现约35%的被告人放弃了以无效辩护为由提起上诉的权利。^[35]鉴于辩护权对于保障公正审判的重要性，美国司法部在2014年发布指导意见，禁止检察官在协商过程中要求被告人放弃获得有效辩护的权利。^[36]

在德国2013年之前的认罪协商实务中，普遍存在要求被告人放弃上诉权的做法。德国司法部为了应对“案多人少”问题，逐步采用数量评估的方式监督检察官办案。这种评估机制突出了效率价值，却损害了检察官的中立性和客观性，^[37]导致其在协商过程中积极促使被告人放弃上诉权。法院也不排斥这种做法，因为认罪之后的事实调查非常简易。^[38]但是，简易化的审查有违实体真实原则，加之被告人一般不能直接参与协商过程，很可能作

[28] Gurepka v. Ukraine, application no. 61406/00, European Court of Human Rights (Dec. 6 2005), para. 59.

[29] See Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 367.

[30] Griffin v. Illinois, 351 U. S. 12, 24 (1956).

[31] See Alex Ellerson, *The Right to Appeal and Appellate Procedural Reform*, 91 Colum. L. Rev. 373, 392 (1991).

[32] See Nancy King & Michael O'Neil, *Appeal Waivers and the Future of Sentencing Policy*, 55 Duke L. J. 209, 211 - 212 (2005).

[33] United States v. Khattak, 273 F.3d 557, 562 - 563 (2001).

[34] Lafler v. Cooper, 132 S. Ct. 1376 (2012); Missouri v. Frye, 132 S. Ct. 1399 (2012).

[35] See Susan Klein, et al., *Waiving the Criminal Justice System: An Empirical and Constitutional Analysis*, 52 Am. Crim. L. Rev. 73, 87 - 88 (2015).

[36] See James Cole, *Department Policy on Waiver of Claims of Ineffective Assistance of Counsel*, available at <https://www.justice.gov/file/70111/download>, last visited on Jan. 2, 2020.

[37] See Jacqueline Ross & Stephen Thaman, *Comparative Criminal Procedure*, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 226.

[38] See Stephen Thaman, *World Plea Bargaining*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 174.

出错误供述。^[39]因此,德国宪法法院在2013年明令禁止放弃上诉权,强调查明真相和迅速处理案件都是刑事程序的重要目标,法院不能因为达成认罪协议而懈怠查明真相的职责。^[40]被告人在协商过程中受到不当压力,法院怠于履行告知义务,协商过程违反程序透明和记录完整的要求,皆构成上诉的法定理由。

(二) 上诉权的本质和构建上诉制度的影响因素

综观各国和国际公约对上诉权的保障方式可以发现,上诉权的本质是要求国家保障被告人获得上一级法院审查的机会。质言之,上诉权的本质要求是,在当事人主张权利时,国家有义务为实现上诉权提供程序、组织等方面的保障。我国宪法没有规定上诉权和审级制度,上诉权的制度保障主要体现在刑事诉讼法、法院组织法和法官法等法律中。刑事诉讼法确立了两审终审制,并就二审法院的审查范围、组织形式、听审和处理方式等提供了程序保障。法院组织法和法官法则从管理人员编制和保障法院经费两方面,确保上下级法院有效发挥各自职能,并不断提高法官个人职业素养。这些程序、组织和人员方面的保障都是为了让被告人有机会行使上诉权。

比较法经验显示,在保障被告人获得上一级法院审查机会的前提下,各国上诉制度的具体构建各有不同,一般取决于以下四个因素:

第一,刑事司法体制的整体结构和上诉制度的功能预期。英美和德国的上诉权不是宪法权利,但在大陆法系的一些国家,上诉权具有宪法属性,这源于它们科层式的刑事司法体制,即把上诉作为一种科层式管理工具,承载着维持中央集权和监督地方司法官员的功能。^[41]当上诉成为保障中央权威和政策实施的重要方式时,则有必要确立上诉权的宪法地位。相较而言,英美法系的整个司法体制呈现出“去中心化”的协同式构造,刑事审判强调第一审的中心地位,侧重关注刑罚的个别化。^[42]通过一审解决纠纷才是国家的重要目标,二审程序不具有中心地位,也就没有必要以宪法来凸显上诉权的重要性。但上诉制度具有纠错、救济、创制先例等功能,各国都赋予被告人一定形式的上诉权。各国刑事司法体制的整体构造以及上诉制度在整体构造中的功能定位,共同决定了上诉权的基本属性和具体形式。

第二,第一审程序的实质化程度。国家保障被告人享有何种形式的上诉救济,与第一审的裁判品质密切相关。如果一审法院对证据调查、事实认定和法律适用问题作了充分审理,则倾向于限缩上诉救济的机会。英国上诉程序的一个显著特征是不鼓励控辩双方上诉。^[43]尤其是在重罪案件中,由陪审团或法官作出一审裁判后,上诉不再是常规程序,而且上诉程序主要不是为了纠错,而是为了保障被告人获得公正审判的权利以及担保裁判适当。^[44]在德国,较重或最严重的犯罪案件,由州法院或州高等法院作出一审判决后,被告

[39] See Stefan König & Stefan Harrendorf, *Negotiated Agreements and Open Communication in Criminal Trials: The Viewpoint of the Defense*, 15 German L. J. 65, 73 (2014).

[40] See Folker Bittmann, *Consensual Elements in German Criminal Procedural Law*, 15 German L. J. 15, 21 (2014).

[41] 参见[美]马丁·夏皮罗:《法院:比较法上和政治学上的分析》,张生等译,中国政法大学出版社2005年版,第55页。

[42] See Mirjan Damaška, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, 84 Yale L. J. 480, 514-515 (1975).

[43] 参见前引[26], Campbell等书,第385页。

[44] 参见沈宜生:《英国上诉制度》,台湾《法学新论》总第27期(2010年),第144页。

人只能提起法律审上诉。^[45]立法没有赋予第二次事实审权利的原因在于，一审中的审判组织由多名法官组成，并强制提供律师帮助，进行了充分的证据调查。^[46]在此基础上，将上诉救济限制在法律问题上并不违反“一审中心”和法治国家的基本要求。可见，第一审程序的品质将影响上诉权的形式和二审程序的构建，只有确保一审在查明事实、认定证据、保护诉权和公正审判方面发挥实质作用，才可以对上诉权的行使课以额外要求。

第三，刑罚轻重是决定上诉权配置的第一个直接因素。这表现在三个方面：其一，重罪案件的一审管辖级别较高，英美法系国家赋予被告人接受陪审团审判的权利，目的就是为一审判决提供坚实的事实审基础。以此为前提，一般不会再赋予被告人绝对上诉权。英国刑事法院一审判决的重罪案件，无论被告人是否答辩有罪，都必须依理由申请上诉。其二，对于轻罪案件，各国倾向于保障上诉权，因为轻罪案件的一审程序相对简易、迅速，保障上诉权能够防止过分追求诉讼效率而出现司法不公。其三，在少数情形下，可以限制或剥夺轻微案件的上诉权。德国刑事诉讼法第313条第1款规定，如果被告人被判处15日以下日额罚金，在保留处刑警告的情形中被判处15日以下日额罚金或罚款，仅当上诉被接受时，上诉才为准许。这里的“接受”是指法院认可上诉请求后才进行审理，这体现了立法对于预算、人力等资源因素的优先考量。^[47]此外，《欧洲人权公约》第7号议定书第2条规定，缔约国可以根据各国法律界定的轻微案件，不赋予上诉权。轻微案件的一个判断标准是能否被判处监禁刑。各国对部分轻罪、违警罪等不致判处监禁刑的犯罪案件，甚至可采用一审终审制。这项例外体现了“法官不问小事”的法谚，在现代社会则着重反映了迅速审判原则的要求。^[48]

第四，认罪与否是决定上诉权配置的第二个直接因素。被告人认罪表明其对事实认定、法律适用和审理程序不存在实质异议，简化的一审程序和受限的上诉机会相结合，更能体现有罪答辩或认罪协商的公共价值取向，即大幅节省审判资源，让法院集中精力处理有争议的案件，并增强公众对刑事司法的公信力和认可度。例如，英国被告人在治安法院或刑事法院答辩有罪之后，都要基于合理理由才能向法院申请上诉；美国大多数州亦是如此。在德国宪法法院明令禁止之前，德国实务中普遍认为放弃上诉权是认罪协商的题中之义。^[49]需要强调的是，以认罪来限制上诉权的前提是，必须确保被告人获得上诉救济的机会，防止认罪非出于自由意志。

三、上诉理由审核制：上诉权的另一种表现形式

在刑事诉讼中，我国历来坚持绝对上诉权，淡化了作为当事人权利的上诉权和法院对上诉进行审查之间的区别。在比较法研究的基础上，本文进一步论述上诉权的两种形式以

[45] 德国刑事诉讼法第333条。德国法院组织法第74条、第120条对较重的犯罪和最严重的犯罪作了列举式明确界定，基本标准是被告人可能被判处4年自由刑以上刑罚。

[46] 参见[德]科劳斯·缙德曼：《德国刑事诉讼法导论》，载《德国刑事诉讼法典》，宗玉琨译注，知识产权出版社2013年版，第28页。

[47] See Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 252, footnote 10.

[48] 参见前引[29]，Trechsel书，第369页。

[49] 参见前引[38]，Thaman书，第176页。

及上诉理由审核制的制度意义和建构逻辑。

（一）审核上诉理由是裁量型上诉的重要特征

“有权利就有救济”，但权利的性质不同，救济形式亦有差异，各国就赋予被告人何种形式的上诉权作了不同规定。上诉权的制度表现形式有二：权利型上诉和裁量型上诉。权利型上诉是指被告人享有绝对上诉权，一旦提起上诉，无论上诉理由为何，法院皆有回应的义务，须以判决或裁定形式终结上诉程序。在权利型上诉之下，被告人易获得法院的救济，但在维护一审裁判的安定性和防止权利滥用方面略显不足。裁量型上诉是指被告人只享有申请上诉的权利，法院有权对上诉理由和争点价值进行初步审查，并决定是否启动正式的听审程序。“初步审查”这一要求表明，法律在提供救济前设置了更多的门槛条件，以确保一审裁判确立的法律关系不被轻易否定。

对上诉理由的审查与核准是裁量型上诉的重要特征，体现了当事人申请权和法院决定权的分离。我国2018年刑事诉讼法第227条沿用了1979年刑事诉讼法以来的规定，被告人只要对一审裁判不服就有权提起上诉。这属于权利型上诉。在二审终审制下，二审法院的裁判立即生效，被告人的上诉权用尽，只能提起申诉。依据2018年刑事诉讼法第252条、第253条的规定，法院认为符合五种法定情形，应当启动再审程序。这本质上属于裁量型上诉。

明确上诉权的两种表现形式，有助于凸显审级制度的有限性。司法资源的有限性决定了上诉权保障的有限性，被告人究竟享有几次上诉机会，既取决于上诉制度的功能，也取决于私益和公益的平衡。^[50] 上诉制度具有重要功能，但若允许对每一个审级的裁判都可以提起上诉，恐怕会对法的安定性与和平性构成严重威胁。而且，审级制度的构建和相应的规定、要件属于立法政策问题，各国可以综合考虑法院处理案件的能力以及犯罪率、案件数量、法官数量和法院体系等多种因素，构建各自的刑事上诉制度形式。在我国二审终审制下，即使一审程序贯彻了庭审实质化的各项要求，或者认罪认罚毫无纰漏，被告人仍有权要求二审法院再次进行全面审查。不问案件类型、刑罚轻重、审级管辖或认罪与否而一律坚持权利型上诉，实乃过度强调审级制度的绝对性。

（二）上诉理由审核制体现了案件过滤原理

我国正在推进审前和一审阶段的繁简分流，即根据案件难易、刑罚轻重、认罪与否等情况，适用刑事速裁、简易程序和普通程序的多样化、多层次诉讼程序体系。^[51] 但在上诉阶段，法院不再对案件进行层次性、差别化处理，而是按照权利型上诉的要求，一律启动二审程序，并且不区分事实和法律问题、有争议和无争议问题，一律全面审查。二审法院对案件没有筛选权，无法应对被告人利用上诉拖延诉讼周期的问题，导致在审前和一审阶段推行的分流案件、提升效率的改革举措，在二审阶段无法发挥持续性效果。

审核上诉理由集中体现了案件过滤的原理，其目的是在启动二审程序前，由法院判断案件是否具有进一步听审的价值。美国选择多种方法应对案件过多的压力，在非罪化处理、

[50] 参见傅郁林：《审级制度的建构原理》，《中国社会科学》2002年第4期，第89页。

[51] 参见熊秋红：《为法官减负，为司法提速——如何破解“案多人少”司法困局》，《人民论坛》2019年第2期，第75页。

转处程序和辩诉交易之外,审查上诉理由是上诉阶段过滤案件的重要机制。^[52]欧洲人权法院也指出,审查上诉理由并不违反《欧洲人权公约》的上诉权条款,而是为了能让法院控制听审案件数量。因为就欧洲人权法院自身来说,在2004年底就积压了8万多个案件。^[53]此外,以英国2010年至2017年刑事法院一审管辖的重罪案件为例,每年约有1400个案件申请上诉,平均只有11.4%左右的申请得到批准。^[54]相反,在欧陆国家科层式刑事司法体制中,常在不同部门配置数以百计的法官,但由于缺乏规制案件流程的过滤和筛选机制,导致数量可观的案件流向法院体系的上层。^[55]两大法系的经验表明,上诉理由审核制所体现的案件过滤原理,能让上诉法院决定听审案件的类型、范围和数量,防止没有听审价值的案件过度消耗法官精力和司法资源。

我国实务中已经反映出类似的要求,最典型的是二审程序中的非法证据排除问题。2017年“两高三部”《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第38条第2款规定,辩方在一审中未申请排除非法证据,在二审程序中提出申请的,应当说明理由。二审法院应审查理由,再决定是否启动调查程序。这是因为,若在二审中首次申请排除非法证据,非法证据可能已经对一审事实认定造成不可逆转的影响,而且,“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革已经确保辩方有机会在庭前会议和一审庭审阶段申请排除非法证据,除非辩方有合理理由,否则不予启动调查程序。要求辩方“说明理由”体现了上诉理由审核制的精神,既有助于过滤掉无合理理由的排除申请,强化一审处理程序合法性问题的中心地位,也有助于落实“尽早发现、尽早排除”的非法证据排除政策要求。

最后,从整个刑事司法体制看,上诉理由审核制的案件过滤作用更显重要。在西方国家“大犯罪圈”的刑法体系下,刑事司法扮演着节制刑罚适用的角色,司法过程承载着案件过滤、将案件移出诉讼程序的功能,这被形象地称为“漏斗式”的刑事司法体制。^[56]上诉过滤机制是“漏斗式”构造中的重要环节,能够保障上诉法院正常运作。^[57]而我国刑事司法体制呈现出的是“直筒式”构造,被追诉人一旦进入刑事程序,通常就意味着将被定罪和追究刑事责任。^[58]加之检察机关行使不起诉裁量权的空间有限,法院承载着绝大部分案件的审判职责,如果一审和二审之间没有“过滤阀”,大量案件便会经由权利型上诉的管道涌入二审法院。二审法院既是上诉法院也承担部分案件的一审职责,而二审法院总体的数量、人员和规模有限,难以有效应对办案压力和结案任务。在一些学者看来,“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革的意义之一就是要建立以一审为中心的事实认定机制,如果轻易启动二审程序并再次进行全面审查,恐怕会削弱一审裁判的权威性和安定性。因此,上诉理由审核制具有实体法和程序法的双重意义,其既能应对犯罪圈不断扩大带来的案件增长,也能保障一审程序的中心地位。

[52] See John Oakley, *The Screening of Appeals*, 1991 BYU L. Rev. 859, 860 (1991).

[53] 参见前引[29], Trechsel书,第366页。

[54] 参见前引[26], Campbell等书,第389页。

[55] See Carlo Guarnieri, *et al.*, *The Power of Judges*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 95 - 97.

[56] See David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 62.

[57] See J. R. Spencer, *Does Our Present Criminal Appeal System Make Sense?*, 8 Crim. L. Rev. 677, 692 - 693 (2006).

[58] 参见前引[2], 何荣功文,第1209页。

（三）上诉理由审核制的基本要求

上诉理由审核制的基本构造是“被告人申请+法院初步审查”，审查重点是被告人是否具有合理的上诉理由。为保障上诉申请获得充分有效的审查，应在四个方面适当制约法院的决定权，并对被告人权利予以额外关照。

第一，一审法院必须在裁判中充分说理，提供审判记录，并充分履行告知义务。南非宪法法院在2001年首次判决由上诉法院事先审查上诉理由的规定违反宪法，其重要理由在于下级法院的判决太粗糙，上诉法院难以了解一审的争议并判断上诉理由是否合理。裁判说理和审判记录既是一审和上诉之间的纽带，也是上诉法院的信息来源，能让二审法院在初步审查时了解案情、把握争点。此外，鉴于公权力主体和被告人之间较大的实力差距与资讯落差，为防止被告人基于错误认识作出权利选择和处分，法院应充分履行告知义务。^[59]尤其是要告知被告人，如果选择特定的一审程序，或者在一审中认罪，定罪后可能就不再享有绝对上诉权。最后，在实行时间损失规则（loss of time rule）的国家，被告人申请上诉失败后还可能遭致额外不利后果。例如，英国刑事上诉法院有权决定申请上诉期间的羁押日期不计入刑期，被告人可能会因为申请上诉而被延长实际羁押期限。^[60]因此，法院一定要告知被告人行使程序选择权可能面临的实体法和程序法后果。

第二，对上诉申请和上诉理由的审查应迅速进行。对上诉理由的审查势必造成一定的诉讼拖延，澳大利亚的很多州在2011年出现了大范围的诉讼拖延，预备性的审查竟然耗费数月时间，^[61]严重危及一审裁判的安定性和被告人获得迅速审判的权利。因此，上诉理由的审查无需塑造成完整的诉讼形态。很多国家不要求一律举行公开听证，也不需要提供完整的上诉理由。至于审查主体，有些国家规定由多位上诉法官审查并作出决定，一旦拒绝，不得再行上诉；英国则规定若一名法官审查并拒绝上诉申请后，被告人还可以请求全席法庭再次审查。无论何种方式，一般不得对上诉申请的裁决再行上诉，以防造成另一种形式的诉讼拖延。

第三，要对检察机关抗诉予以限制。我国检察机关经常以抗诉来应对认罪认罚案件被告人的上诉，认为上诉表明被告人不再认罪认罚，要求二审法院剥夺相应的量刑优惠。应当说，检察机关在审前围绕认罪认罚和量刑建议做了大量工作，若被告人上诉毫无理由，则检察机关容易产生抵触情绪，其抗诉也确实能发挥一定的震慑作用。但是，抗诉权的行使要以一审裁判确有错误为前提，被告人的上诉发生在一审裁判后，上诉本身不能再作为评价一审裁判是否有误的标准。否则，被告人一旦存在与一审裁判前不一致的言行，都将成为检察机关否定一审裁判的理由，这将威胁被告人的行动自由并动摇一审裁判的安定性。更重要的是，抗诉的震慑作用会给被告人带来压力，即使存在认罪认罚不自愿、不真实或不合法等情况，被告人也可能不敢上诉。上诉理由审核制将是否启动二审程序的决定权赋予处于中立地位的法院，有助于消除被告人的上诉顾虑，防止检察机关过分当事人化，维护上诉阶段的控辩平衡。

第四，律师在上诉阶段应继续提供有效帮助。我国近年来日益强调法律援助和值班律

[59] 参见郭松：《被追诉人的权利处分：基础规范与制度建构》，《法学研究》2019年第1期，第164页。

[60] 参见前引[26]，Campbell等书，第386页。

[61] See Chris Corns, *Leave to Appeal in Criminal Cases*, 29 *Current Issues Crim. Just.* 39, 48 (2017).

师制度的重要意义，今后应针对一审和二审的程序衔接环节，要求律师在一审裁判后持续提供帮助。若被告人决定上诉，则应帮助其准备申请上诉的材料。上诉申请文书不是完整的上诉意见书，一般是格式化的申请书，辩方只需写明案件的基本信息并扼要阐明上诉理由。律师帮助既是有效辩护的基本要求，也能辅助上诉法院获得充分信息。然而，国家保障被告人获得上一级法院审查的机会是有限的。无论是权利型上诉还是裁量型上诉，国家都有义务保障被告人在第一次上诉中获得律师帮助。但鉴于司法资源的有限性与当事人诉求的无限性，在二审裁判后的程序中，提供律师帮助不再是一项强制性国家义务。上诉权和审级制度的有限性决定了被告人获得律师帮助的权利具有鲜明的阶段性特征。

四、认罪认罚案件中上诉理由审核制的确立

近年来因我国刑法扩张导致轻微案件明显增多，其在全部刑事案件中所占的比例也越来越高，处理轻微案件消耗了大量司法资源。继续推进刑事司法改革，优化资源配置的要求更显迫切。于是，在上诉阶段推进案件繁简分流的重要性就凸显出来。当前，公诉案件一审程序已经形成普通程序、简易程序和速裁程序的多元体系，二审程序的单一设计越来越难以满足多样化、多层次诉讼机制的需求，故有必要引入裁量型上诉与上诉理由审核制，在上诉阶段实现公正和效率的价值平衡。

（一）确立上诉理由审核制的正当性

我国可以先在被告人认罪认罚的部分案件中确立裁量型上诉，让法院审核上诉理由以决定是否启动二审程序。这项改革的正当性基础体现在四个方面。

第一，从上诉制度的价值取向看，引入上诉理由审核制体现了对效率、资源等公共利益的优先考量。在审前和一审阶段，我国刑事诉讼法及相关司法解释已经贯彻了公正优先、兼顾效率的精神。侦查人员应告知犯罪嫌疑人所享有的诉讼权利和认罪认罚的相关规定，检察机关在审查起诉环节应再次告知权利并听取辩护人或值班律师的意见，确保犯罪嫌疑人知悉认罪认罚的性质和后果。为保障底线正义并坚持法官保留原则，法庭又将进行第三次权利告知并对认罪认罚的自愿性、真实性和合法性进行审查。^[62]对于被追诉人而言，既可以在审查起诉阶段不签署具结书，也有权向法庭反映认罪认罚存在的问题；在一审宣判前，若未提出质疑，就表明法院、检察院、被告人和被害人对事实证据、定罪量刑和程序适用形成了具有法律效力的“四方合意”。^[63]至此，国家已经通过权利告知、法院审查和从宽处理等机制充分保障了被告人的权利，在追求效率的同时最大限度地确保案件得到公正处理。然而，一审宣判后，被告人的“空白上诉”将单方面否定“四方合意”，致使审前和一审阶段有关认罪认罚的各项实体和程序处理前功尽弃。上诉权不仅是个人权利，而且更具有公共属性。在“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革中，普通程序的庭审实质化所带来的“繁者更繁”效应必然要求“简者更简”，而上诉权的公共属性集中体现为促进司法资源优化配置，在二审阶段将有限的资源进一步向重大、疑难、复杂或不认罪案件倾斜。

[62] 参见熊秋红：《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》，《比较法研究》2019年第5期，第7页。

[63] 参见前引〔8〕，孙长永文，第51页。

因此,在审前和一审程序充分保障权利、确保司法公正的基础上,要求被告入须依合理理由上诉,体现了对提高诉讼效率、合理配置资源等多元价值的追求。

第二,有罪答辩和轻微案件是影响上诉制度构建的两个重要因素。一方面,欧洲理事会在解释《欧洲人权公约》的上诉权条款时指出,并不是每个被告人都有权就定罪或量刑问题申请上一级法院审查,如果已经作了有罪答辩,一国就有权将审查限定在量刑问题。又如,英国被告人在治安法院或刑事法院作有罪答辩后,如要上诉皆须提出上诉理由。另一方面,《欧洲人权公约》将轻微案件作为剥夺上诉权的例外情形。在我国,被告人认罪与否和刑罚轻重已成为决定程序适用的两个重要因素。“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革要求构建重大、疑难、复杂和不认罪案件精审、细审,简单、轻罪和认罪案件简审、快审的双轨制诉讼程序。^[64]被告人不认罪的案件适用普通程序;而在被告人认罪认罚后,程序适用的关键因素是案件的严重程度。对于可能判处3年有期徒刑以上刑罚的案件,适用简易程序或普通程序,被告人认罪认罚的可以从宽处理;对于基层人民法院管辖的可能判处3年有期徒刑以下刑罚的案件,案件事实清楚,证据确实、充分的,属于轻微案件,可以适用速裁程序。可见,认罪认罚和轻微案件两个因素共同促使案件进一步分流。在二审阶段,为了与一审阶段的双轨诉讼程序相衔接,实现诉讼程序与案件难易、刑罚轻重相适应,在被告人认罪认罚的轻微案件中,可以不再坚持权利型上诉。

第三,上诉理由审核制具有双重属性,其在要求被告入须依合理理由申请上诉的同时,仍能保障被告人有机会获得二审法院的救济,实现效率和公正的动态平衡。引入裁量型上诉不是仅着眼于减少案件数量,提高法院处理案件的效率,而是兼顾权利救济和司法公正。在上诉理由审核制下,被告人仍有机会向二审法院寻求救济,提出有关定罪量刑或程序合法性等的上诉理由。在认罪认罚案件中,辩方在上诉时已经提出了值得关注的理由。例如,冯某盗窃案的上诉理由是被告人受到公安机关刑讯逼供,焦某盗窃案提出的上诉理由是被告人因侦查人员的引诱而签署了具结书。^[65]如果辩方提供了相关线索或材料,法院经初步审查认为存在违法取证的可能性,就应批准上诉并展开进一步调查。但在这两个案件中,辩方没有提供任何新证据,二审法院只能依据案卷和一审记录进行书面审查,最终维持一审判决。此外,2018年刑事诉讼法第201条规定的被告人行为不构成犯罪、违背意愿认罪认罚、否认指控的犯罪事实、法律适用错误或其他可能影响公正审判的情形,都可以构成申请上诉的理由。上诉理由审核制不会导致一审终审制,被告人仍有机会行使上诉权,法院也可以通过初步审查上诉理由来防止一审裁判出现根本性的不公正。

第四,上诉理由审核制可以促使被告人合理行使权利。确保被告人自愿认罪认罚的目的在于,避免他们在下一个阶段撤回认罪认罚,导致认罪认罚自始无效。在撤回认罪认罚的情况下,程序进程会出现阻碍,公安和检察机关必须将案件作为不认罪案件来处理,进行补充侦查或调查;法院若遇有2018年刑事诉讼法第226条规定的情形,还应转换程序并重新审理。补充侦查或调查、重新审理必然额外消耗司法资源,但基于被告人的诉讼主体地位,有必要赋予其撤回认罪认罚的权利。然而,若被告人在一审宣判前一直认罪认罚,

[64] 参见胡云腾主编:《认罪认罚从宽制度的理解与适用》,人民法院出版社2018年版,第4页。

[65] 参见湖北省武汉市中级人民法院(2019)鄂01刑终431号刑事裁定书;湖北省宜昌市中级人民法院(2019)鄂05刑终156号刑事裁定书。

一审程序也充分保障了他的各项权利，法庭最终在量刑建议幅度内判处刑罚，此时如再允许被告人以“空白上诉”的方式撤回认罪认罚，将空耗审前和一审阶段投入的司法资源。而且在权利型上诉之下，需要再次审查大量轻微案件的“空白上诉”，为被告人的观望态度和侥幸心理第二次买单，将造成对司法资源的二度空耗。所以，从权利行使和权利处分的原理看，尽管被告人享有是否认罪认罚的选择权和处分权，但对其在上诉阶段再行变更权利处分必须予以一定制约，以防空耗司法资源并损害一审裁判的安定性。这种制约集中体现在认罪认罚的阶段上：一是鼓励被追诉人尽早认罪认罚，这有助于公检法机关明确工作重点，节省司法资源，而且正向的程序流转不会因补充侦查或调查、重新审理而产生额外的资源损耗，资源分配也可以尽早向重大、疑难、复杂或不认罪案件倾斜。二是撤回认罪认罚必须在一审宣判前。

（二）确立上诉理由审核制的必要性

这种必要性在实务中显得最为迫切。自开展认罪认罚从宽制度改革试点以来，被告人经常在一审裁判后仅以量刑过重为由提起“空白上诉”。认罪认罚从宽制度改革的初衷是以合意简化程序并提高效率，“空白上诉”会将案件拖入二审程序，反而延长了诉讼周期。对于能否剥夺或限制认罪认罚案件被告人的上诉权，学者和实务人员存在意见分歧。本文依据“北大法宝”数据库对认罪认罚案件进行宏观和微观分析，以论证引入上诉理由审核制的必要性。

在宏观层面，自2016年开展改革试点至2019年7月，以“认罪认罚”为关键词搜索到中级人民法院处理的刑事二审案件总计5318件，其中有3429个案件提出量刑过重的上诉理由（约占总数的64.5%），二审维持原判共计2895件（维持原判比例为84.4%），故以量刑过重为由提出上诉的成功率很低。以此方法再对盗窃、危险驾驶、交通肇事等7类常见犯罪案件进行分析，笔者发现在一审认罪认罚的案件中，约有六成案件会以量刑过重为由提出上诉，但大多数最终被驳回，维持原判的比例普遍在80%以上（表1）。

表1 认罪认罚案件以量刑过重为由上诉的统计（单位：件）

	案件总数	以量刑过重为由 上诉的案件数	比例	维持原判数	比例
全部类型案件	5318	3429	64.5%	2895	84.4%
盗窃罪	1295	952	73.5%	789	82.9%
危险驾驶罪	556	279	50.2%	232	83.2%
交通肇事罪	167	90	53.9%	77	85.6%
诈骗罪	390	254	65.1%	220	86.6%
抢夺罪	57	47	82.5%	34	87.2%
寻衅滋事罪	368	248	67.4%	218	88.0%
非法拘禁罪	108	81	75.0%	74	91.4%

鉴于个案情形有别，有些上诉可能仅提出量刑过重，有些则涉及其他量刑情节，还有些会一并提出定罪和量刑问题，故笔者增加了搜索关键词，进一步限定案件类型并对上诉理由和处理结果作细化梳理。自2017年9月至2019年8月，以“认罪认罚”和“速裁程

序”为关键词搜索到中级人民法院处理的刑事二审案件有效样本469个。其中,辩方在235个案件中仅提出量刑过重的上诉理由,没有任何新的理由或证据,属于典型的“空白上诉”。在另外135个案件中,辩方只是重复一审中既有的量刑情节,或者提出一些不重要的酌定量刑情节。在这类案件中,绝大部分(122件)没有新证据支持减轻刑罚或改判缓刑的诉求,所以和第一类案件相似,也可归入“空白上诉”(表2)。至此,针对量刑问题的“空白上诉”约占总数的76.1%,与前述宏观统计数据基本一致。

表2 刑事速裁程序案件上诉理由的统计(单位:件)

上诉理由	案件数量	提交新证据		二审维持数	二审改判数	上诉成功率
		是	否			
仅量刑过重	235	0	235	231	4	1.7%
重复强调既有情节,或提出不重要的酌定量刑情节	135	13	122	124	11	8.1%
质疑定罪事实并提出量刑过重	10	0	10	10	0	0
定罪错误	9	1	8	9	0	0

从宏观和微观两组数据看,在大多数案件中,辩方在上诉时没有提出任何实质理由,控辩双方也没有新的争议,很少有新的信息或材料进入二审法院。所以,法院只是依据一审法院认定的事实和证据进行重复审查,大多数上诉的结果是维持原判。

在认罪认罚案件中引入上诉理由审核制,可以发挥过滤和分流案件的双重功能。一方面,法院经过初步审查,若辩方没有新证据或其他合理理由,可以直接驳回上诉。从表1、表2看,约有五至七成的上诉将被挡在二审法院之外,这体现出上诉理由审核制过滤案件、优化司法资源的功能。另一方面,上诉理由审核制还具有未来面向性,法院可以依据上诉理由提供相应的救济。例如,在前述冯某盗窃案和焦某盗窃案中,二审法院若认定侦查人员确有刑讯逼供或引诱行为,则应撤销原判,将案件发回一审法院按照简易程序或普通程序重新审理,以保障认罪认罚的自愿性和被告人的审级利益。再如,在王某某强制猥亵案中,一审法院没有采纳原公诉机关适用缓刑的量刑建议而判处王某某实刑,并且宣判前没有引导控辩双方就能否适用缓刑发表意见;二审法院认为这剥夺了双方的法定诉讼权利,可能影响公正审判,最终裁定发回重审。^[66]在本案以及其他违反公开审判原则、回避制度等可能影响公正审判的情形中,由于不涉及案件的实体问题,二审法院应依据2018年刑事诉讼法第238条对一审中的程序违法提供专门救济。

确立上诉理由审核制还有理论层面的必要性,有助于重新检视二审程序的功能定位以及二审全面审查原则。

第一,上诉理由审核制有助于淡化二审程序的纠错功能。在我国学者和实务人员看来,若限制上诉权,恐怕会影响二审的纠错功能,担心被告人会失去对一审裁判提出异议的机会。按通常解释,二审法院具有审级优势,法官的素质和经验优于一审法官,故能发现一审的错误。但是,二审的纠错功能一直饱受质疑。法国学者就指出,仅仅担忧一审可能出

[66] 参见天津市第一中级人民法院(2018)津01刑终900号刑事裁定书。

错,就要求上诉法官对一审判决进行审查,这本身就是对司法公信的质疑;如果一审法官可能犯错,为何二审法官就不会犯错?^[67]而且,二审法院通常在不开庭审理的情况下仅对案卷材料作书面审查,增加一次审级救济,既不意味着认知信息的增加和案情甄别的深入,也不表明裁断准确度的必然提升,二审法院在纠错的同时可能正在犯错。^[68]目前也没有实证研究表明,二审改判一定能纠正错误。实务中启动再审程序的大都是二审案件,这说明二审判决也可能是错误的。所以,“纠错”可能只是一种观念层面的理想状态。^[69]

在二审纠错功能可能被夸大的情况下,上诉理由审核制所凸显的是一种救济功能。它强调的不是一审判决结果可能有错,而是被告人应当有机会向上一级法院指出一审中存在的错误。在认罪认罚案件中,法院对上诉理由的事先审查可以保障被告人有机会反映认罪认罚和一审程序中存在的问题。此外,上诉程序也具有独立价值,即法院在审查上诉理由时,仍可以发现一审中存在的问题并提供相应救济。无论是被告人反映的问题还是法院发现的问题,端赖于法官结合个案情形作具体分析,国家难以在每个案件中平均用力,全部实现上诉制度纠错、救济、维护法律统一实施等多项功能,立法者应权衡多元价值对制度功能的发挥进行政策引导。在认罪认罚不自愿、不真实或不合法等情形中,二审程序的纠错功能应予凸显,二审法院应避免出现重大司法不公;若没有合理的上诉理由,则应着重发挥二审程序的救济、保障法律统一实施等功能。

第二,淡化纠错、强调救济,有助于反思二审全面审查原则。二审全面审查原则体现了我国一直坚持的“实事求是、有错必纠”观念,某种程度上体现出上级法院对下级法院以及控辩双方的不信任态度。^[70]在1979年刑事诉讼法颁布时,证据规则尚不健全,裁判文书说理也不充分,审判质量不尽如人意,当事人往往不能针对案件存在的关键问题提出上诉请求和理由,所以二审贯彻全面审查原则具有一定的现实意义。^[71]而且,在案件数量不多、裁判对象和程序比较单一的情况下,司法资源与诉讼效率之间的紧张关系尚不明显。但是,随着近年来司法改革的展开,控辩对抗、法官素质、证据规则和一审裁判的品质都有显著提升,“对下级法院不信任”这一理由显然已经过时。而且,在案多人少的情况下,重复审理控辩双方没有争议的问题,不仅浪费资源,更会拖累有实质争议需要开庭审理的案件无法得到高效处理,影响二审案件的整体审判质量。^[72]因此,应根据案件性质的不同突出多元价值取向,在制度层面引入多样化、多层次的二审审查方式。目前,完全取消二审全面审查原则仍有一定难度,然而,在利用上诉理由审核制过滤掉大量“空白上诉”后,对有合理理由的上诉进行全面审查就具有可行性和必要性。从长远看,我国应当将上诉审查限定在控辩双方有争议的问题,并依据刑罚轻重、上诉类型和审级制度等因素分别适用全面审查或部分审查,在多元上诉结构中确定不同的审查范围。

第三,有助于厘清当前的认识误区。有观点在论证认罪认罚案件应维持权利型上诉时

[67] See J. A. Jolowicz, *Appeal and Review in Comparative Law: Similarities, Differences and Purposes*, 15 *Melb. U. L. Rev.* 618, 629 (1986).

[68] 参见前引[50],傅郁林文,第91页;前引[9],林喜芬文,第52页。

[69] 参见张卫平:《转换的逻辑:民事诉讼体制转型分析》,法律出版社2007年版,第411页。

[70] 参见前引[9],王超书,第113页。

[71] 参见前引[9],顾永忠书,第66页。

[72] 参见魏晓娜:《刑事审判中的事实问题与法律问题》,《中外法学》2019年第6期,第1591页。

指出,速裁案件的一审越简易,越应保障上诉权。在比较法视野中,“程序越简易,越应保障上诉权”的逻辑确有相应的制度体现。如前所述,在德国的轻罪案件中,一审程序相对简易、迅速,被告人上诉后法院会进行彻底的复审。英国治安法院判决有罪后,被告人享有绝对上诉权。约翰·朗本以制度溯源的方式解释了德国的上述制度建构:一是早期下级法院审理轻罪案件的程序过于简单,没有律师参与;二是定罪依靠的是法官的主观确信,而不是相对客观的证明要求,定罪判决的可接受度较低。^[73]类似地,英国最初也是出于对古老的“警察法院”的不信任,才作了上述制度安排。^[74]据此可知,德国、英国保障轻罪案件绝对上诉权的制度有其历史渊源。但在现代一审程序日益完备的情况下,德国曾一再建议废止轻罪上诉案件的全面审查。英国也有法官建议废除轻罪案件的权利型上诉。^[75]所以,德国、英国的相应制度并不足以证成“程序越简易,越应保障上诉权”的逻辑。

“程序越简易,越应保障上诉权”的逻辑在我国也面临三点质疑。首先,该逻辑体现的是“实事求是、有错必纠”的观念,但已如前述,上诉制度的纠错功能面临诸多质疑,而上诉理由审核制亦能发挥一定的纠错功能。其次,“对一审法院不信任”这一历史成因,在我国当下已经难以成立。我国一直强调法院应对认罪认罚进行司法审查,即便程序简化也不能降低证明标准,要求通过审前的“证明准备”达到确实、充分的程度。^[76]而且,法律援助和值班律师制度改革已经扩大和强化了律师帮助的范围和效果,一审法院释法说理的水平 and 裁判文书的质量也有所提高。最后,认罪与否这一关键因素也会弱化“程序越简易,越应保障上诉权”逻辑的效力。英国治安法院判决有罪后,若被告人作了有罪答辩,一般不能针对定罪问题上诉。相反,德国被告人认罪后,仍有权对定罪和量刑提起上诉。在“轻罪”这一共同前提下,加上“认罪与否”的因素后,各国的上诉制度就呈现出差异。究其原因,国家保障的是被告人获得上一级法院审查的机会,至于上诉权的表现形式和审级制度的具体构建,各国可以综合考虑多种因素予以规定。历史传统、刑罚轻重、一审程序的类型和认罪与否都是重要的考量因素,但哪一个都不是决定性的,“一审程序简易”与“保障上诉权”之间并无因果关系。

五、多元上诉结构的建构路径

引入裁量型上诉和上诉理由审核制是一项牵一发而动全身的制度改革,不仅涉及认罪认罚案件的二审程序,也将影响所有案件的一审管辖、上诉类型和二审审查方式,更需要在刑事实体法、法院职能和审级制度等方面进行结构性调整。在2018年刑事诉讼法第227条充分保障上诉权的原则下,我国可以根据一审管辖和认罪认罚这两个因素,探索构建多元化的上诉结构。

第一,中级以上人民法院一审管辖的案件属于典型的重罪案件或性质特殊案件,其涉

[73] See John Langbein, *Comparative Criminal Procedure: Germany*, St. Paul, MN: West Publishing, 1977, pp. 78-79, 83-84.

[74] See Richard Nobles & David Schiff, *The Right to Appeal and Workable Systems of Justice*, 65 Mod. L. Rev. 676, 695 (2002).

[75] See Robin Auld, *Review of the Criminal Courts of England and Wales: Report*, London: Stationery Office, 2001, p. 617.

[76] 参见谢澍:《认罪认罚从宽制度中的证明标准》,《东方法学》2017年第5期,第136页。

及公民的生命、自由或重大财产权利，在彻底实现“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革目标以前，为确保案件得到公正处理并保障被告人的权利，无论被告人认罪与否，都应维持权利型上诉和二审全面审查原则。质言之，短期内不能因为优先追求效率而减损对公正审判的保障。但从长远看，随着“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革的推进，在重罪案件中实现了彻底的事实审，确保一审程序对事实和法律问题进行了实质审理之后，坚实的第一审就可以为改采裁量型上诉提供正当性基础和程序保障。法院批准上诉并启动二审程序后，应当围绕争议问题进行审查，侧重发挥二审的救济功能以及一定的纠错功能。此外，得益于上诉理由审核制的案件过滤功能，二审法院有充足的人力、物力和时间对重罪案件进行开庭审理，让控辩双方充分发表意见，当庭听取关键证人的证言，保障被告人获得有效的上诉救济。

第二，对于基层人民法院一审管辖的案件，可以根据认罪与否作进一步区分。一方面，被告人不认罪的案件只适用普通程序，上诉阶段的司法资源应继续向此类案件倾斜，故应维持权利型上诉。另一方面，在认罪认罚案件中，鉴于目前基层人民法院管辖案件的范围较广，故可以依据刑罚轻重作进一步分流。其一，适用简易程序或普通程序审理的可能判处3年有期徒刑以上刑罚的案件，鉴于目前认罪认罚的自愿性、真实性和合法性尚难以得到有效保障，检察机关的量刑建议有时缺乏精准性，而且，我国立法和实务对上诉理由审核制还较为陌生，缺乏具体的操作指引，故不宜立即改采裁量型上诉。从长远看，随着“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革和认罪认罚从宽制度的推进，立法和实务积累了一定的经验以后，可考虑在此类案件中引入上诉理由审核制。需要指出的是，这类案件最能体现出上诉程序和审级制度是政策性选择的产物，立法者可以综合考虑犯罪率、案件数量和司法资源等因素，选择权利型上诉或裁量型上诉。鉴于可能判处较重刑罚，在司法资源允许的范围内可以维持权利型上诉；若检察机关的量刑建议日益精准，基层人民法院也能对认罪认罚展开有效的司法审查，则可改采裁量型上诉。其二，应在速裁案件中率先引入上诉理由审核制，此举也能为未来逐步扩大适用上诉理由审核制、探索多元上诉结构积累经验。

多元上诉结构的探索还能带动刑事实体法、各级法院职能和审级制度的整体性完善。

第一，重罪和轻罪的界定对一审管辖和上诉程序具有双重意义。目前，可能判处无期徒刑、死刑的典型重罪案件由中级人民法院一审管辖，这些案件与可能判处3年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件之间存在大量中间地带。未来可通过刑事实体法对重罪、轻罪作细化界定，同时兼顾案件的特殊类型来确定中级人民法院的一审管辖。例如，对于可能判处10年有期徒刑以上刑罚的案件，2018年刑事诉讼法在逮捕、侦查期限等方面都作了特殊规定，人民陪审员法第16条还将其与可能判处无期徒刑、死刑的案件一并作为重大刑事案件。因此，这类案件可以纳入中级人民法院的一审管辖。确定一审管辖的意义不仅在于确定一审程序的适用，也会间接决定二审上诉的类型和审查范围。如果中级人民法院在一审中进行了充分、彻底的事实审，被告人就只能提起裁量型上诉；高级人民法院对上诉理由进行初步审查后，即使启动二审程序，审查范围也只限于争议问题。

第二，从长远看，我国还可以在特定案件中引入选择管辖制度。在考虑认罪与否之前，通过选择管辖率先实现案件的初步分流，在审前阶段构建“选择管辖+认罪与否”的双重分流机制。典型的重罪案件或其他特殊案件必须由中级人民法院一审管辖，轻罪案件也必

须由基层人民法院一审管辖,除这两类强制管辖外,处于两者之间的其他案件,可以通过“个罪”和“类罪”相结合的方式,明确选择管辖的适用范围。例如,对于交通肇事、盗窃、抢夺、非法拘禁等个罪和诈骗、伤害、毒品、行贿等类罪,量刑幅度较宽,甚至可能判处10年有期徒刑以上刑罚,可由控辩双方选择一审管辖法院。选择时考虑的因素包括刑罚轻重、认罪与否、审判组织、量刑范围和上诉类型等。例如,被告人不认罪且可能判处10年有期徒刑以上刑罚的盗窃案件,可选择由中级人民法院一审管辖且适用普通程序,并申请人民陪审员和法官组成7人合议庭,通过最完整的诉讼程序来保障被告人获得公正审判的权利。但是,中级人民法院一审管辖意味着被告人可能被判处无期徒刑,而且被告人只能基于法定理由向高级人民法院申请上诉。也就是说,一审程序中正当的诉讼程序、充分的权利保障和充足的资源投入,决定了二审程序的功能定位应侧重于救济。相反,若被告人在此类案件中认罪认罚,则可选择基层人民法院一审管辖并适用简易程序,合议庭的人数规模将有所限制,最终也不会被判处无期徒刑以上刑罚。一审判决后,被告人究竟是可以提出权利型上诉还是裁量型上诉,取决于立法者的政策抉择。一般来说,为了引导被告人选择简易程序,既可在量刑上适度从宽,也可确立权利型上诉。当然,立法者也可以基于案件数量、司法资源等其他因素,采用裁量型上诉,但此时必须在量刑幅度、程序保障和审判组织等方面作出相应调整,让被告人有动力去选择简易程序。

第三,审级越高的法院越应淡化其二审的纠错功能,侧重发挥救济功能。审级制度是一把双刃剑,以重复审判的方式追求司法的正确性,必须以维护一审判决的终局性和权威性为前提。^[77]“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革,应当让一审法院在事实认定方面发挥关键作用。二审法院可能具有人员、组织和资源等方面的优势,但权利型上诉一律要求二审法院启动二审程序,并不一定能纠正错误,而且大部分案件既无实质争议也无新的证据,二审全面审查的意义和效果都值得反思。在裁量型上诉中,法院初步审查上诉理由时亦能发现可能存在的错误,并可根据争议类型确定救济方式。通过上诉理由审核制,中级人民法院能过滤掉大量“空白上诉”,将有限的司法资源投入到有听审价值的上诉案件以及由其一审管辖的重大、疑难、复杂或不认罪案件,从而实现司法资源的优化配置。高级人民法院和最高人民法院处于法院体系的高层,更应发挥其二审程序的救济功能,并依托个案裁判保障法律统一实施。

第四,以构建多元上诉结构为契机,逐步区分事实审和法律审,推进刑事审级制度的多元化、精细化发展。人民陪审员法第22条要求在陪审员和法官组成的7人合议庭中区分事实问题和法律问题。但是,即使在英美法系严格遵循陪审团和法官职能分工的情况下,也无法为区分事实问题和法律问题提供明确规则。^[78]然而,难以区分不等于不能区分,已有研究通过排除法,列举出陪审员不能针对如下问题发表意见:诉讼程序、证据能力、法律适用、法条解释、罪名选择等法律问题。^[79]按此思路,我们可以总结实务经验不断扩充排除事项,推动我国区分事实问题和法律问题的理论探讨和实务操作。更重要的是,这有

[77] 参见前引〔50〕,傅郁林文,第93页。

[78] See Wayne LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, Vol. 6, St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2017, p. 561.

[79] 参见刘峰:《人民陪审员制度中的区分事实审和法律审》,《人民法院报》2018年10月20日第2版。

助于完善刑事上诉结构和审级制度。在权利型上诉中,既可坚持二审全面审查原则,也可重点审查存在争议的事实问题或法律问题。在裁量型上诉中,法院可依据上诉理由所指向的事实问题或法律问题,准确把握个案中的争议焦点,针对性地进行审查并确定不同的救济方式。此外,对于具有普遍重要性的法律问题,经第一次权利型或裁量型上诉后仍有争议的,控辩双方可以再向上一级法院申请上诉。此时,上诉应阐明理由,法院有权进行初步审查,因此即便改采三审终审制也不会造成法院负担过重。对具有普遍重要性的法律问题再次进行审查,有助于在现行指导性案例的遴选机制外,开辟另一条以诉讼程序推动“法律生长”的路径。

第五,坚实的一审程序是二审程序改革的基础。无论在基层人民法院还是中级人民法院,庭审实质化改革都要求强化一审程序的事实认定功能。一审程序是基础,二审程序是整个刑事程序的下游工程;如果无法有效提升侦查品质、慎重筛选起诉案件并强化一审程序的品质,上诉制度的改革就属空中楼阁。^[80]只有在审前程序合理分流案件以及坚实的一审程序的基础上,二审程序改革才能为构建精细、公正、高效的多元诉讼体系提供制度保障。

Abstract: In order to safeguard the defendant's right to appeal, most countries and international conventions have established either the automatic appeal system or the discretionary appeal system. The essence of the right to appeal requires the state to ensure the defendant an opportunity to have his case heard by the court at the higher level and both of two appeal systems have embodied the essence. Obtaining leave to appeal is an important feature of discretionary review. It separates the right to request leave from the court's decision-making power, and helps to avoid abuse of the right, manage caseload and maintain the first-instance-centric structure. Nowadays, in some cases in which defendants have confessed and accepted punishments, there are legitimate grounds and the necessity to introduce the system of discretionary review and leave to appeal. In the future, China must take such diverse factors as the nature of case, the seriousness of the crime, confession status, first-instance procedure and the values and functions of appellate procedure into comprehensive consideration in exploring the dual or multi-track appellate system, so as to promote case diversion and reasonable allocation of judicial resources.

Key Words: right to appeal, obtaining leave to appeal, confession and acceptance of punishment, judicial hierarchy

[80] 参见陈运财:《刑事诉讼第三审构造之探讨》,《月旦法学杂志》2007年第4期,第51页。