

英美非法证据排除的中间上诉制度初探

牟绿叶

内容提要:英美法设有中间上诉制度审查证据的可采性问题。中间上诉有助于及时纠正错误的证据裁定,节省司法资源,保障最终裁判结果的准确性。按照平等武装和公正审判原则,控辩双方都应有权提起中间上诉。同时,为了控制上诉数量、提高审查质量,英美的中间上诉基本采用裁量型上诉和上诉许可制,并设置了严格的上诉条件。当事人首先应向法院申请上诉许可,法院经审查认为符合上诉条件并具有合理理由的,才会批准上诉许可并启动听审程序。法院经中间上诉所作的裁决具有终局效力。研判中间上诉的制度功能,详述上诉程序的具体建构,能凸显“尽早发现、尽早排除”非法证据的重要意义。我国“以审判为中心”的改革为引入中间上诉制度提供了探索空间,但中间上诉不能造成滥用诉权和诉讼拖延,不能危及审判的中心地位。

关键词:中间上诉 非法证据 上诉许可制 上诉权平等

牟绿叶,2011 计划司法文明协同创新中心、浙江大学光华法学院讲师。

一 引言

2017 年 6 月,最高人民法院等部门联合颁布了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》(《严格排除非法证据规定》)。为了进一步完善非法证据排除规则的体系建构并深化“以审判为中心”的诉讼制度改革,同年 12 月最高人民法院制定颁布了《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》。根据《刑事诉讼法》和这些规范性文件的规定,被告人对于一审法院的证据裁决不能提出单独的上诉,只能和定罪、量刑问题一并提起上诉。二审法院不会就证据的合法性问题单独作出裁决,只能和定罪、量刑问题一并作出处理。^[1]即使二审法院决定排除非法证据,在全面审查原则下,法官已经知悉了证据的实质内容,他们认定事实的心证过程难免会受到影响。更重要的是,如果被排

[1] 参见戴长林等著:《中国非法证据排除制度》(修订版),法律出版社 2017 年版,第 191 页。

除的是一审据以定罪的关键证据,被告人原本在一审后就可以被宣告无罪,但却必须等二审结束才能重获自由,这不仅损害了排除规则的权利保障功能,也会造成司法资源的浪费。所以,在刑事程序一审的审理对象细化为定罪、量刑和证据合法性问题后,二审予以一并审查的做法有待反思。

我国对证据合法性的上诉审查类似于英美的直接上诉制度。然英美对非法证据问题还设有另一种救济途径,即中间上诉(interlocutory appeal)。它是指初审法官对证据可采性问题作出裁决之后,当事人向上诉法院提起的即时上诉。我国学者在讨论排除非法证据的救济途径时已经关注到了中间上诉,^[2]也有学者明确提出应当建构中间上诉程序。^[3]但是,中间上诉本身的理论争议、制度利弊和实际运行效果仍值得进一步研究。更重要的是,中间上诉不仅涉及技术性的制度建构,也反映出一审法院和上诉法院之间的权力分配,以及控辩双方之间权力和权利的平衡,最终还涉及整个诉讼程序的公平和效率。

本文以英美两国学术研究、制度建构和典型案例为基础,对排除非法证据后的中间上诉进行深描,分析其制度优势以及两国的实务经验,为进一步完善我国非法证据排除规则和刑事上诉程序提供思路。

二 英美中间上诉制度的功能及土壤

英美法系证据法区别于大陆法系的一个重要特征,是以证据可采性为核心建构起的一系列排除规则。以证据排除的实体规范和听证程序为基础,英美逐步发展出旨在审查一审证据裁定的中间上诉制度。

从传统上看,英国^[4]反对在刑事程序中提起中间上诉,^[5]但从1987年起,英国《刑事司法法案》在严重或复杂的欺诈案件中第一次引入了中间上诉,1996年《刑事程序和侦查法案》规定在复杂或审理周期长的案件中可就证据可采性等法律问题提出中间上诉,特别是2003年《刑事司法法案》(2003年《法案》)第58条和第62条进一步扩大了检控方的中间上诉权,对于皇室法院^[6]作出的“可能终止刑事程序的裁定”(第58条)和“可能严重削弱指控的证据裁定”(第62条)可以提起中间上诉,这两个条款因此成为解决证据可采性问题的中间上诉制度的法律渊源。两种中间上诉的联系在于第62条的立法目的是为了给第58条“可能终止刑事程序的裁定”(简称终止性裁定)作进一步的补充。两者的差异在于:(1)提出和结果有所不同。从终止性裁定看,在结案前的任何阶段,法官如果就检控方提起的中间上诉做出终止性裁定,则结果是正式终止刑事程序,法

[2] 参见陈瑞华:《非法证据排除程序再讨论》,《法学研究》2014年第2期,第179页。

[3] 参见许乐:《非法证据排除程序研究》,西南政法大学2016年博士论文,第180页以下。

[4] 本文中关于英国中间上诉制度的叙述仅考察了英格兰和威尔士的情况。

[5] J. R. Spencer, Does Our Present Criminal Appeal System Make Sense? 8 *Criminal Law Review*, 2006, p. 690.

[6] 英格兰和威尔士的起诉书审判适用于重罪案件,由皇室法院一审管辖。参见[英]约翰·斯普莱克著:《英国刑事诉讼程序》(第九版),徐美君等译,中国人民大学出版社2006年版,第1、285页。

院因此不再继续听审案件。而“可能严重削弱指控的证据裁定”是指审判前或审判中辩护方发表辩护意见之前,检控方就证据可采性问题提出的“证据裁定”。(2)第62条“证据裁定”设置了更多的上诉限制:一是排除证据的裁定需要达到“严重削弱指控”的程度。二是只适用于强奸、谋杀、抢劫和纵火等39种特定重罪案件的审理程序。三是上诉时间有限制严格,必须在被告方发表辩护意见之前提出,而不能等法官或陪审团听取全部证据之后。从两种中间上诉的适用情况看,第58条“终止性裁定”条款适用更广,相关案例包括证据可采性问题、成文法解释、滥用程序等可能终止刑事程序等情形。^[7]但第62条至今没有正式实施,证据可采性问题只能依据第58条提起中间上诉。

美国联邦宪法没有明确禁止或允许中间上诉,美国在联邦和州的层面对中间上诉的规定差异较大。在联邦司法系统,法院遵循终局裁判规则,被告人不能就证据排除裁定提起中间上诉,^[8]然而,1968年美国《综合犯罪控制和街道安全法案》开始授权检控方就供述自愿性和其他审前证据裁定提起中间上诉,并于1982年正式载入《美国联邦法典》第18卷第3731条(《联邦法典》第3731条)。在各州层面,加利福尼亚州、宾夕法尼亚州等都确立了审查证据可采性的中间上诉制度,尤以马萨诸塞州的成文法和判例最具代表性。《马萨诸塞州刑事程序规则》(《麻州规则》)第15条专门规定了刑事程序中的中间上诉,适用于麻州高等法院和地区法院刑事案件非法证据排除的裁定。2014年在Jordan案中,麻州最高法院对第15条中间上诉的具体程序、上诉期限、逾期上诉的后果和提交的材料等方面作了进一步解释和补充。^[9]至此,《麻州规则》第15条和Jordan案构成了麻州中间上诉制度的主要法律渊源。麻州法律和《联邦法典》第3731条一样,都规定初审法院排除证据的裁定只能在被告人处于危险之前提起中间上诉。^[10]

尽管英国和美国中间上诉程序有所不同,^[11]但从总体上看,中间上诉的出现,表明了证据的可采性问题和被告人的实体罪责问题在上诉环节出现了分离,在英美对抗式诉讼的制度土壤中,能较好地发挥中间上诉的制度功能。

(一) 制度功能

英美最初都以尊重初审法院的裁决和防止诉讼拖延为由反对中间上诉,但在20世纪中后期,逐步在重罪案件中引入了中间上诉,英国2003年《法案》、美国《联邦法典》第3731条和《麻州规则》第15条更是扩大了中间上诉的适用范围。这种制度发展的推动力来自于中间上诉自身的优势。

首先,中间上诉能及时排除非法证据,提高最终判决的准确性。英国在起草2003年《法案》时指出,中间上诉有利于纠正法院的错误裁定,提高判决结果的准确性。相反,一旦非法证据进入下游程序,就可能导致无辜的人被定罪。因此,阿什沃思教授指出,鉴于

[7] 参见 Andrew Ashworth & Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 4th edition, Oxford University Press, 2010, p. 395。

[8] *Di Bella v. United State*, 369 U. S. 121, 1962, p. 124.

[9] *Commonwealth v. Jordan*, 469 Mass. 134, 2014.

[10] 根据禁止双重危险原则,在陪审团审理的案件中,陪审团组成并宣誓后,或在法官审理的案件中,法官开始听取证据后,被告人就处于危险之中了。参见 *Serfass v. United States*, 420 U. S. 377, 1975, p. 388。

[11] 与英国2003年《法案》允许在审判前和审判中提起中间上诉不同,美国联邦和麻州的中间上诉只适用于审判前的证据排除裁定,对于庭审中的证据排除裁定,当事人无权提起中间上诉。

错误定罪比错误释放更为严重,纠正错误定罪的需要就远远超过反对中间上诉的其他理由了。^[12] 也就是说,若上诉法院经审查决定排除非法证据,能将之尽早移出整个刑事程序,防止裁判者在下游程序中接触非法证据并受到影响,从而促进全案事实认定和法律适用的准确性。同时,提高认定事实的准确性也有助于防止冤假错案,维护刑事司法的公信力和权威性。

其次,纠正错误的或不一致的法律适用,促进发展统一的规则。美国在 1958 年起草《综合犯罪控制和街道安全法案》时指出,如果不允许检控方提起中间上诉,初审法院的错误裁定将无法得到纠正,也可能继续适用错误的法律规则。^[13] 此外,中间上诉还可以让法院有机会解释模糊的法律。例如,麻州法院在 Jordan 案判决书的最后一部分讨论了《麻州规则》第 15 条的适用要求,以判例的形式弥补了成文法的缺陷。可见,中间上诉在解决个案证据可采性问题时,还能为处理其他案件中的相似问题提供规则,发挥从个案中创制先例的功能。

最后,避免不必要的诉讼,节省司法资源,保障被告人的权利。证据排除与否对控辩双方都至关重要,对于指控依据的关键证据,如果上诉法院经中间上诉维持了证据排除的裁定,则可能促使检控方放弃追诉;相反,若法院撤销了有利于被告人的证据排除裁定,则可能促使被告人改变态度,甚至作出有罪答辩。无论是检控方撤诉还是被告人作有罪答辩,都可以避免进入正式的审判程序,从而节省司法资源。此外,提出争议和解决问题之间的间隔越短,越能强化中间上诉的效果,^[14] 因为这有利于将取证行为和法院审查联系起来,彰显非法证据排除规则惩戒警察违法、保障被告人权利的功能。而且,与定罪后的直接上诉相比,中间上诉能让被告人获得及时的司法救济,不用经历定罪、量刑程序之后才提出抗辩,有利于早日脱离讼累,回归正常生活。

(二) 制度土壤

英美的中间上诉植根于对抗制诉讼模式,中间上诉只有和其他诉讼程序、证据规则一起才能形成制度合力。通过比较两大法系的裁判主体、排除规则和证据法侧重规则的特点,可以展示中间上诉发挥作用的制度土壤。

第一,从对抗制诉讼中法官和陪审团及其职能分工来看,英美法系的二元裁判主体及其职能设置更有利于中间上诉发挥作用。大陆法系刑事审判的裁判主体是单一的,由法官裁决证据资格并认定事实,故几乎没有英美法中证据可采性的概念,而且,即使理论上可采性规则可以与自由心证原则协调,实务中也会出现冲突。^[15] 在英美法上,法官和陪审团的职能分工是中间上诉的理论和制度前提。但在治安法院一审管辖的轻罪案件中,法官同时裁决证据可采性问题和实体罪责问题,没有必要通过中间上诉再次审查法官自己作出的证据裁定。也就是说,在大陆法系法院和英美治安法院单一裁判主体下,通过中间上诉及时排除非法证据的意义不大。相反,在法官和陪审团的二元裁判主体下,排除规

[12] 参见 Andrew Ashworth & Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 4th edition, Oxford University Press, 2010, p. 393.

[13] Kate Stith, Risk of Legal Error in Criminal Cases, 57 *The University of Chicago Law Review* 1, 1990, p. 53.

[14] 参见[美]理查德·波斯纳著:《法律的经济分析》(第七版),蒋兆康译,法律出版社 2012 年版,第 869-870 页。

[15] Mirjan Damaška, Of Hearsay and Its Analogues, 76 *Minnesota Law Review* 425, 1992, p. 434.

则不仅意味着证据不能作为事实认定的依据,更表明事实认定者不该知道证据的实质内容。^[16] 中间上诉的作用就是在法官裁决证据可采性后,将证据提交给陪审团之前,再赋予当事人一次质疑证据资格的机会。否则,一旦非法证据进入陪审员的视野,非法证据可能会严重影响到事实认定的准确性。所以,在英美对抗式审判中,中间上诉是证据提交给陪审团之前的“偏离”于主审程序的即时上诉。

第二,英美法具有发达的证据排除规则和听证程序。达玛斯卡教授指出,英美法系非法证据排除规则的作用表现在两个方面:一是防止事实认定者面对全案有罪证据之后,难以中立地裁决证据可采性问题;二是防止事实认定者在接触颇具证明价值的非法证据后,难以将之从脑海中抹去。^[17] 禁止事实认定者使用某些证据的最有效的方式,就是不让他们在第一时间接触到相关证据。大陆法系秉承自由心证原则,对裁判者自由发现真相很少设置阻碍。即使有如《德国刑事诉讼法》第 136a 条等立法,也没有排除非法证据的单独听证程序,即没有所谓的“案中案”或“诉中诉”。没有独立的证据合法性之诉,也就没有针对这种诉讼的独立上诉救济途径。相比之下,英美排除非法证据的实体规则和独立的听证程序为中间上诉提供了制度性的铺垫,这也是大陆法系刑事审判中没有中间上诉的关键原因。

第三,英美法系证据法侧重规制的诉讼阶段特点决定了中间上诉的适用空间。两大法系的证据法都要求排除不可靠或非法所得的证据,英美法系重点关注的是证据进入裁判者评议之前的举证质证环节,而大陆法系侧重规制的是法官评价证据的过程。几乎所有大陆法系国家的刑事审判都依赖于侦查人员在审判前准备的案卷材料,在以案卷为纽带的侦审递进的诉讼结构中,证据经过多道审查环节才会进入法官的视野。法官在庭审中已经“整体性”地掌握了全案证据,再行要求将非法证据作为单个“原子”予以排除,不仅实际效果堪忧,而且会影响庭审效率。在自由心证原则下,大陆法系既赋予法官自由评价证据的权力,同时也会对自由心证作出一定的限制,要求法官对证据采信和最终判决进行说理。有学者依据认知心理的过程对刑事程序中的“真相”作了阶段性的划分,即“探索——追求——论证”,大陆法系证据法重点规制的是审判后的“论证”,英美证据法侧重规制的是“追求”,关注在审判阶段证据是如何提交给裁判者的。^[18] 英美的中间上诉能够让当事人对证据可采性提出及时异议和上诉,一旦证据进入陪审团的评议范围,就不会对证据资格和裁决结果再作“论证”。要言之,英美法重视的是通过对抗式审判“追求”真相,于此,中间上诉才能发挥在审判过程中及时排除证据、避免不必要的程序耗费等功能。而对于重视事后“论证”的大陆法系来说,诉讼程序进行完毕后,法官会一并处理证据资格和实体罪责问题,直接上诉足以发挥纠错和救济的功能。如果中间上诉的制度功能得不到体现,也就没有制度建构的必要性了。

[16] John Jackson et al., *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, 2012, p. 72.

[17] Mirjan Damaška, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure, 121 *University of Pennsylvania Law Review* 506, 1973, p. 523.

[18] Johannes Nijboer, Methods of Investigation and Exclusion of Evidence, in Nijboer & Sprangers ed., *Harmonisation in Forensic Expertise*, THELA THESIS, 2000, pp. 431 - 432.

三 中间上诉制度几个关键问题分析

中间上诉和直接上诉的审查对象和发挥功能的诉讼阶段不同,前者是在一审程序进行中解决证据可采性问题,后者是在一审判决后审查被告人的实体罪责和一审程序的合法性问题。这些核心差异决定了中间上诉的具体建构不会等同于直接上诉。下文以直接上诉为参照,从上诉主体、上诉条件和程序、上诉审查和法院处理等方面,评析英美中间上诉制度在建构和运行中的几个关键问题。

(一) 上诉权配置的两模式

各国在审级制度建构中会选择不同类型的上诉:权利型上诉或裁量型上诉。一般而言,被告人享有至少一次权利型上诉的机会,这体现了上诉程序的救济功能。审级越高越会采用裁量型上诉,因为审级高的法院职责不在于认定事实,而是为了确定案件是否涉及重大的法律问题或公共利益。^[19] 根据我国《刑事诉讼法》第 227 条规定,被告人只要对一审判决不服就有权提起上诉,这属于权利型上诉。就中间上诉的具体建构来说,若采权利型上诉,当事人提起上诉后,法院经形式审查就必须启动上诉程序,此时,当事人享有启动中间上诉的决定权。若采裁量型上诉,当事人首先应向法院申请上诉许可,法院经初步审查认为符合上诉条件且具有合理理由,才批准许可并启动中间上诉程序。此时,当事人只有申请上诉许可的权利,而由法院决定是否启动中间上诉的听证程序。总体上看,提起中间上诉的权利配置有两种模式。^[20]

1. 模式一:控辩双方都有权提起中间上诉

英国被告人对于定罪、量刑和其他重要的裁定享有广泛的上诉权。根据 1987 年《刑事司法法案》第 7 至 11 条以及 1996 年《刑事程序和侦查法案》第 35 条和第 36 条的规定,在严重的欺诈案件、恐怖活动案件和其他复杂的案件中,被告人在预先听证程序中有权提起中间上诉。这些规定的重要特点是,控辩双方都享有中间上诉权。

美国《麻州规则》第 15 条(a)规定,对于初审法院作出的证据裁定,控辩双方都有权向州最高法院大法官申请上诉许可,要求在正式审判前再次审查证据排除裁定。该大法官可以批准上诉许可并举行听证,也可以请求最高法院组成合议庭作出裁决,或委托上诉法院进行审查。例如,在 Baye 案中,被告人向州最高法院提出申请,要求审查初审法院不予排除有罪供述的裁定。格兰茨大法官批准了上诉许可,经中间上诉审查认定,警察是在连续讯问十多个小时过程中获得的有罪供述,故撤销了初审法院不予排除供述的裁定。^[21] 可见,麻州的控辩双方都能就审前证据排除裁定提起中间上诉。

[19] 参见[美]约书亚·德雷斯勒等:《美国刑事诉讼法精解》(第二卷),魏晓娜译,北京大学出版社 2009 年版,第 667 页。

[20] 在权利型上诉中,当事人享有启动中间上诉的决定权;在裁量型上诉中,当事人只能提起上诉许可的申请。为行文方便,在此概括称为“提起中间上诉”。

[21] Commonwealth v. Baye, 462 Mass. 246, 2012, p. 252.

2. 模式二:检控方独享中间上诉权

英国 2003 年《法案》引入的中间上诉虽然适用范围更广,但只授权检控方对于已不利的“终止性裁定”或“证据裁定”提出中间上诉,被告人对于已不利的证据裁定,只能提起直接上诉。在美国联邦司法系统,《联邦法典》第 3731 条只规定检控方有权对证据排除裁定提起中间上诉。随后,这种检控方独享中间上诉权的做法逐步成为趋势,现在美国所有的州都通过立法赋予了检控方中间上诉权。^[22] 在联邦和州的二元司法系统中,检控方都有权就证据排除裁定提起中间上诉,但总体而言,联邦和大多数州是不允许被告人提起中间上诉的。

检控方独享中间上诉权的模式反映出重新平衡上诉权配置的要求。从传统上看,检控方的上诉权受到更多的限制,最明显的是根据禁止双重危险原则,检控方一般不能对无罪判决提起上诉。所以,中间上诉权是对检控方受到限制的上诉权进行的“再平衡”。理由在于:一是在重罪案件中,被告人的行为严重危害国家安全或公共利益,如果因证据问题而导致追诉失败,难以有效打击严重的犯罪或恐怖活动犯罪。二是尽管检控方提出中间上诉会增加被告人被定罪的风险,但却能及时纠正法律错误,又不需要把整个案件发回重审,被告人没有机会利用法律错误提出诉求。^[23]

但是,上诉权“再平衡”的做法首先违反了平等武装原则。一方面,检控方占据资源优势,被告人在刑事程序中本身就处于弱势,如果允许检控方通过中间上诉质疑法院的证据裁定,将会鼓励检察官利用其优势地位增加被告人被定罪的风险。^[24] 另一方面,对于被告人而言,当检控方的指控依据不充分时,如果不能通过中间上诉及时排除非法证据并终止刑事程序,就必须持续忍受刑事程序带来的讼累。其次,中间上诉权的配置不能仅仅着眼于打击犯罪,检控方中间上诉权的扩张不能侵犯被告人获得公正审判的权利。诚然,中间上诉有利于保障判决结果的准确性,而正确的判决结果是公正审判权的一项重要内涵,如果被告人被错误定罪,则是对其权利和自由的严重侵犯。判决结果的准确性和公正审判权不是对立的,不能为了追求准确的结果而剥夺被告人的程序性权利。而且,被告人就于已不利的证据裁定提起中间上诉,亦能提醒法院关注具体的证据争议,间接促进判决结果的准确性。所以,如果中间上诉程序之目的是最大限度地保障判决结果的准确性,就应同时赋予两造中间上诉权。最后,不能以保障国家利益和公共利益为由限制被告人的中间上诉权。在重罪案件中,准确追诉犯罪体现了国家和公共利益的诉求,但“正当法律程序”不仅表达了个人在具体案件中的权利,也具有未来面向性,意味着刑事程序中的所有人均享有平等诉权。同时,准确的判决结果不仅涉及控辩双方的权益,也符合整个社会对刑事司法制度的期待。^[25] “正确结果”和“正当程序”都具有公共利益的属性。丹尼斯教授指出,如果一项刑事判决要具有合法性,就必须在“正

[22] Wayne LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (volume 6), Thomson Reuters, 2017, p. 542.

[23] 参见 *United States v. Zisblatt*, 172 F.2d 740, 1949, p. 743.

[24] J. R. Spencer, Does Our Present Criminal Appeal System Make Sense? 8 *Criminal Law Review*, 2006, p. 688.

[25] Antony Duff et al., *The Trial on Trial* (volume 1), Hart Publishing, 2004, pp. 51, 60.

确结果”和“正当程序”两个方面同时实现最优选择，^[26]不能为了追求“正确结果”而牺牲“正当程序”。所以，被告人提起中间上诉不仅不会影响法院作出正确的判决，反而体现了正当程序和公正审判原则的要求。

(二) 上诉条件和上诉程序

实行上诉许可制是英国刑事司法的一个重要特色，它具有过滤和筛选的作用，能防止真正有价值的法律问题不会淹没在大量毫无依据的上诉之中。2003 年《法案》对中间上诉也采用裁量型上诉和上诉许可制，并设定了严格的上诉条件。根据第 58 条的规定，针对“终止性裁定”提起中间上诉必须满足以下条件：(1) 检控方必须获得皇室法院或上诉法院同意上诉的许可。检控方通常先向皇室法院提出申请，遭拒之后才可以向上诉法院申请许可。(2) 检控方必须在法官向陪审团总结案情之前提出申请。(3) 检控方没有其他上诉救济的途径。如果属于 1987 年《刑事司法法案》或 1996 年《刑事程序和侦查法案》等其他制定法规定的中间上诉，检控方必须首先适用这些规定，而不能将之作为第 58 条的“终止性裁定”提起中间上诉。(4) 检控方必须及时告知法院其上诉欲求，或向法院申请延期审理，以便考虑是否提起上诉。上诉法院对这四项目程序条件当中的任何一项条件不能满的申请都会予以驳回。在程序性条件之外，英国 2003 年《法案》对“终止性裁定”和“证据裁定”设置了不同的实体性要求。一是根据第 58 条第(8)款的规定，检控方必须向法院保证，^[27]如果上诉法院没有批准上诉许可，或没有撤销“终止性裁定”，就不得不放弃该裁定涉及的相关指控。也就是说，检控方必须作出“除非上诉、否则无罪”的书面保证。^[28]二是《法案》第 63 条的规定，检控方必须保证该证据排除裁定将“严重削弱指控”。法律对此没有进一步的阐释，留待法官依据个案情形作出程度性的判断。此外，作为一项共同的要求，检控方提起中间上诉必须是“善意”的，而不是出于拖延诉讼或其他策略性目的。

美国联邦司法系统的中间上诉融合了权利型和裁量型上诉的特征。联邦法院作出证据排除裁定后，检控方有权在 30 日内提起中间上诉，根据《联邦刑事上诉程序规则》第 4 条的规定，这种中间上诉是权利型上诉，无需获得上诉法院的许可。若超过了 30 日的法定期限，检控方的中间上诉权从权利型上诉转变成裁量型上诉，法院需要综合个案情形决定是否批准上诉。考量因素主要包括：检控方是否做了中间上诉预告，未及时上诉的原因，是否做了上诉的实质准备，拖延对被告人带来的不利影响，上诉是否包含重要的法律问题。^[29]除程序性条件之外，联邦法律要求检控方必须保证排除相关证据将实质性地削弱指控，《答辩前程序模范法典》还规定检控方必须保证提起中间上诉的目的不是为了拖延审判。^[30]与联邦司法系统不同，《麻州规则》第 15 条确立的是裁量型上诉，

[26] Ian Dennis, Prosecution Appeals and Retrial for Serious Offences, 8 *Criminal Law Review*, 2004, p. 624.

[27] 中间上诉的条件审查并不适用严格的司法证明机制。英美要求提出中间上诉的一方依据一定的证据向法院“保证(certify)”而不是“证明(prove)”满足上诉条件。参见 United States v. Bailey, 136 F. 3d 1160, 1998, p. 1162.

[28] Paul Taylor, *Taylor On Criminal Appeals*, 2nd edition, Oxford University Press, 2012, p. 243.

[29] United States v. Bookhardt, 277 F. 3d 558, 2002, p. 563.

[30] US Model Code of Pre-Arrestment Procedure § SS 290.1 (4) (a) (1975).

控辩双方没有提起中间上诉的绝对权利,而必须向州最高法院申请上诉许可,并将上诉的举措书面告知初审法院。麻州中间上诉的重要特点是直接由州最高法院听审争议,而不是普通的上诉法院,这体现了州最高法院在刑事程序中负有保障重大权利的职责。具体来说,控辩双方必须在初审法院作出证据排除裁定后 30 日内向州最高法院法官申请上诉许可,^[31]并同时将此告知初审法院。与联邦司法系统一样,30 日的期限不是绝对的除斥期间,初审法官和最高法院的大法官可以根据具体案情,合理予以延长。《麻州规则》赋予最高法院大法官处理中间上诉的权力。如果批准上诉许可,该大法官可以自己听审,也可以将案件转交最高法院合议庭或上诉法院作进一步的听审;如果没有批准上诉许可,控辩双方不能再向最高法院合议庭提起上诉。^[32]也就是说,大法官所作的中间上诉许可的决定具有终局效力。

由于中间上诉打断了刑事程序的进程,若采权利型上诉,一旦当事人提起上诉就必须启动审查,这种没有过滤机制的上诉类型难以防止当事人滥用上诉权,更可能导致案件大量涌入上诉法院。因此,英美法基本采用裁量型的中间上诉,通过上诉许可和上诉条件设置严格的上诉门槛,筛选掉上诉理由不充分或不重要的绝大部分案件。裁量型的中间上诉有助于实现两个目标:第一,政策性目标,即通过上诉许可和上诉条件控制中间上诉的数量,防止当事人滥用上诉权。英国刑事程序的基本特征是强调第一审程序的中心地位,对上诉持限制或不鼓励的态度,并通过上诉许可、上诉条件和时间损失规则起到过滤和把关的作用。^[33]美国同样要求当事人谨慎提起中间上诉,法院严格审查上诉条件。《麻州规则》第 15 条和 *Jordan* 案设置的一系列严格的上诉条件和程序要求,目的就是为了防止中间上诉影响州最高法院的正常运转。第二,实质性目标,即中间上诉针对的裁定必须是对个案处理或司法公正具有重要影响。一方面,当事人必须保证初审法院的裁定将对刑事程序的正常进行产生实质性的影响。对于检控方而言,这种影响可能是严重削弱了指控依据的证据体系,迫使他们撤销对部分或全部罪名的指控;对于被告人而言,这种影响可能是终止程序,让他们早日脱离诉讼、重获自由。另一方面,中间上诉也有助于法院澄清对于司法公正具有普遍重要性的争议。例如,《麻州规则》第 15 条要求法院判断中间上诉是否有助于“促进司法公正”,即是否有助于“避免冗长的审判程序”或“解决一个非常重要或疑难的法律争议”。^[34]

尽管中间上诉的条件比较严格,但若当事人申请上诉许可,无论是否最终启动上诉程

[31] 向州最高法院法官申请上诉许可时必须提供以下信息和文件:案件编号,初审法院的事实认定和裁决,简要阐述法律依据并解释对司法公正的促进作用,正式审判预计时长,审判日期或下一次听证日期,上诉许可的申请和告知是否在法定期限内,超出期限的必须提交延期申请并详细说明延迟的理由。参见 Massachusetts Supreme Judicial Court Order Regarding Applications to A Single Justice Pursuant to Mass. R. Crim. P. 15 (a) (2) (2016), <https://www.mass.gov/supreme-judicial-court-rules/applications-to-a-single-justice-pursuant-to-mass-rcrimp-15a2>, 最近访问时间[2019-03-15]。

[32] *Bonilla v. Commonwealth*, 460 Mass. 1014, 2011, p. 1014.

[33] Mike McConville & Geoffrey Wilson, *The Handbook of the Criminal Justice Process*, Oxford University Press, 2002, pp. 492-493.

[34] *Commonwealth v. Cavanaugh*, 366 Mass. 277, 1974, p. 279.

序,就必定会给上诉法院带来额外的审查工作,比如在英国,上诉法院原本就要处理大量的直接上诉案件,司法资源捉襟见肘,还要疲于应付中间上诉的许可申请,导致法院更加频繁地利用时间损失规则达到震慑上诉的效果。时间损失规则赋予法官一定的裁量权,如果拒绝批准上诉许可,可以决定审查期间的羁押时间不计入最终的服刑期。要言之,该规则是上诉失败后的额外“刑罚”。但是,阿什沃思教授指出,时间损失规则的频繁适用不仅可能妨碍被告人行使上诉权,也会淹没许多具有上诉理由和听审价值的案件。^[35] 无论如何,上诉许可制都是防止被告人滥用诉权的合理方式,因此,其提起和审查的程序不能过于复杂,应贯彻迅速审判原则的要求,以程序的迅速进行降低被告人的讼累和法院的工作量。与权利型上诉相比,裁量型上诉和上诉许可制已经限制了被告人的上诉权,那么应当在程序设计上对被告人提供适度的关照。本质上,一审对证据可采性的听证被称为“案中案”或“迷你审判”,中间上诉是对“迷你审判”的再次审查。既然不是正式的审判,中间上诉也无需照搬直接上诉的制度建构。在决定是否批准上诉许可时,法官一般只需作书面审查,确有必要时可以听取控辩双方的意见。批准上诉许可并进入实质审查后,听证程序可以适当简化,无需严格遵循正式庭审中的询问规则。司法证明采自由证明法则即可,证据资格可以适当放宽,也无需适用最高的证明标准。这种加速进行的上诉程序有助于弥补中间上诉造成的时间耗费,尽早恢复被中断的正式庭审程序,实现真相、权利和效率之间的平衡。

(三) 上诉审查和法院处理

英国在起草 2003 年《法案》时,虽然允许检控方提起中间上诉,但只有一审裁定涉及法律错误,且重新审判有利于维护司法公正时,上诉法院才能撤销原裁定。后来,《法案》第 67 条对审查标准作了调整和补充,主要集中在两个方面:一是“初审法官错误地适用了法律,或涉及到一项法律或原则性的错误”;二是“法官不合理地作出了裁决”,即存在“明显错误”,上诉法院才能予以撤销。上诉法院强调,初审法官在行使裁量权时,需要仔细权衡存在冲突的考量因素,但是,也不会因为一审裁决中简单的错误而予以撤销,只有当初审法官不合理地行使了裁量权,才会批准上诉许可。^[36] 这种严格的上诉审查标准体现了对初审法官经验和声誉的尊重,也再次提醒检控方必须谨慎提起中间上诉,若未达到第 67 条的要求,就会面临败诉的风险。

英国上诉法院审查“终止性裁定”或“证据裁定”后,必须作出维持、撤销或改变相关裁定的裁决。在撤销或改变相关裁定时,可以命令就相关罪行重新进行审理,或就相关指控直接宣告被告人无罪。但是,处理两种裁定的法律效果存在明显差异,上诉法院一旦维持了“终止性裁定”,必须就相关罪名宣告被告人无罪,因为就“终止性裁定”提起中间上诉的条件之一是,检控方必须保证“除非上诉、否则无罪”。就相关罪名宣告无罪,是检控方中间上诉失败后的必然结果。对于“证据裁定”而言,即使上诉法院维持了原裁定,也不是必然宣告无罪,而是命令继续进行中止的刑事程序,实现从解决证据可采性问题的

[35] Andrew Ashworth & Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 4th edition, Oxford University Press, 2010, p. 374.

[36] Regina v. B, [2008] EWCA Crim 1144.

“程序性裁判”向“实体性裁判”的回归。在审查两种裁定时,被告人都有权参加中间上诉的听证程序,法院经审查作出的裁决具有终局效力,但被告人在定罪后仍有权就定罪、量刑问题提起直接上诉。

美国联邦和各州没有充分关注中间上诉的审查标准,尽管如此,也可以结合直接上诉和典型案件加以分析。第一种是事实审查,即上诉法院只对下级法院裁决所依据的事实基础进行审查,只有在人物、时间、地点和行为等事实要素出现明显错误的情况下,才会撤销原裁定。^[37]“明显错误”即是事实审查的标准,联邦法院遵循这一标准审查基于宪法第四修正案排除规则提起的中间上诉。麻州最高法院在 *Jordan* 案中也指出,“如果初审法官的事实认定没有明显错误,我们会尊重他们依据事实作出的法律结论”。^[38]“明显错误”的审查标准体现了两个政策性目标:一是尊重初审法官的权威,因为他们能够直接听取证人证言,判断证人的可信性及其证言的可靠性。二是避免重复审查,节省司法资源,让上诉法院有精力处理其他具有法律价值的争议。第二种是为解决法律问题而进行的复审。与事实审查不同,复审要求上诉法院积极介入初审法院的裁定,进行彻底的、不受限制的审查。当上诉法院依据宪法第五修正案综合审查供述的自愿性时,即采用了这种复审方式。但是,审查供述自愿性的事实基础时,仍适用“明显错误”标准。复审的优势在于,上诉法院不用纠缠于复杂、疑难的证据和事实问题,并且至少有三名法官共同听审案件,解决法律问题的资源和能力通常优于初审法院。上诉法院就法律问题作出的判决将成为先例而影响未来的案件裁判,因此,有必要通过复审强化判决的质量。第三种是解决事实和法律混合问题的功能性审查方式。在很多案件中,无法对事实和法律作出泾渭分明的识别。^[39]联邦第九巡回上诉法院在 *McConney* 案中发展出了以个案分析为基础的功能性审查方式。^[40]如果混合问题本质上仍是事实认定问题,则依据“明显错误”标准审查,但如果混合问题涉及的是法律概念或是对法律原则的判断,则倾向于由上诉法院进行复审。

从美国针对中间上诉的三种审查方式可以看出,其难点在于,对法律问题提起的中间上诉需要对事实基础和法律适用进行复审,这对司法资源提出了较高的要求。况且,能够进入中间上诉正式听审程序的法律问题本就是“非常重要或疑难的法律争议”,或对“促进司法公正”具有重要意义的问题,虽然耗费司法资源且可能造成诉讼拖延,但就这类法律问题进行全面审查仍然具有必要性。英美中间上诉机制昭示,不仅在案件进入二审程序之后可以讨论是否要限缩上诉审查的范围,还可以在案件进入二审之前引入审查机制,决定哪些案件值得全面审查。这种类似于上诉许可的初步审查机制,有助于促进案件在二审上诉阶段的繁简分流。对于第三种功能性审查路径,因为需要法官结合个案情形,对其本质上是事实问题还是法律问题进行识别和选择,没有统一适用的判断标准,难以

[37] *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 690, 1996, p. 699.

[38] *Commonwealth v. Jordan*, 469 Mass. 134, 2014, pp. 146 - 147.

[39] Henry Monaghan, *Constitutional Fact Review*, 85 *Columbia Law Review* 229, 1985, p. 233.

[40] *United States v. McConney*, 728 F.2d 1195, 1984, p. 1202.

避免“法的适用碎片化”，恐怕出现恣意裁量而减损中间上诉的功能。对此，罗伯茨和朱克曼教授指出，个案审查中法官的裁量权可以通过两种方式加以规制：一是通过职业规范和专业培训进行道德指引，二是以裁判说理的要求进行事后监督。^[41] 相应地，为了减少上诉审查中“法的适用碎片化”，可以引入事先指引和事后监督的方式，规制法官上诉审查的裁量权。

就中间上诉审查的结果而言，美国没有“除非上诉、否则无罪”的限制，上诉法院维持或撤销原裁定后，先前中止的程序将继续进行。在联邦司法系统，被告人无权就证据裁定提起中间上诉，但他们有权在庭审中要求再次审查证据的可采性问题。一般而言，审前的证据裁定被称为“个案中的法律”，法官很少会就同一个证据问题再次举行听证。经中间上诉裁决的证据问题具有终局性，被告人在定罪后不得就此提出上诉。州层面的情况也大抵如此，州最高法院的大法官处理证据可采性问题后，所作的中间上诉裁决具有终局效力。这种终局效力体现了中间上诉的严肃性，联邦和州法院均需谨慎对待，因而，美国联邦和麻州的中间上诉都适用“无害错误”法则，即没有影响实质权利的无害错误必须予以忽略。对于“宪法性错误”，法院必须认定该错误没有对一审证据裁定造成实质影响，主张“无害错误”的当事人必须将此证明至排除合理怀疑的程度。^[42] 对于“非宪法性错误”，当事人必须说服法院产生相当确信，认定该错误没有对证据裁定造成实质影响。^[43] 如果法院认定属于“无害错误”，无需撤销原裁定，提起中间上诉的一方败诉；如果不属于“无害错误”，需结合上诉条件和审查标准作进一步处理。

中间上诉的裁决具有终局效力，但被告人有时会在一审庭审过程中基于不同的理由再次提出异议，从而在审判记录中保留该争议，留待直接上诉的审查。这里的问题在于，如果经中间上诉裁决不排除相关证据，受理直接上诉的法院是否应当考虑在一审庭审中提交的有利于被告人的其他证据？美国联邦司法系统和很多州都认为，上诉法院在直接上诉中可以根据一审庭审中的证据支持审前的证据裁定。但也有少数法院认为，在初审法院作出证据裁定后，直接上诉中法院只可以查阅证据排除听证的相关记录，不能查阅一审程序的全部记录，即不能根据一审庭审中的证据审查审前的证据裁定。^[44] 笔者赞同美国少数法院的做法，认为上诉法院应遵循程序审查优先原则首先处理证据的可采性问题，并且只能审查与证据可采性问题相关的证据，以此防止全案其他证据和事实影响法院正确排除非法证据。

四 余 论

当下我们的英美证据法研究存在很多不足和盲区，对于域外证据法治发展缺乏信息

[41] Paul Roberts & Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence*, 2nd edition, Oxford University Press, 2010, p. 218.

[42] *Chapman v. California*, 386 U. S. 18, 1967, pp. 23 - 24.

[43] *United States v. Kloehn*, 620 F.3d 1122, 2010, p. 1130.

[44] *Trusty v. State*, 308 Md. 658, 1987, p. 670.

准确而全面的资料铺垫。^[45]“深描”英美法的中间上诉既是为了做资料铺垫,也是为完善我国非法证据排除规则和刑事上诉程序提供另一种“选项”。借助比较法研究搭建的全景视角,可以从三个方面探索这个“选项”。

第一,提供及时的司法救济,通过审前程序的繁简分流优化司法资源配置。在侦查和审查起诉阶段,我国公安和检察机关可以依职权对证据的合法性进行核查,被告方也有权向检察机关申请排除非法证据,如果他们对检察机关的调查结论不服,只能等案件进入审判阶段,在庭前会议或庭审阶段向法院申请排除证据。检察机关对证据合法性的调查核实有助于纠正侦查程序中的违法行为,但这种调查核实是基于检察机关的法律监督职能,实际效果并不明显,所以最高人民法院的代表性观点指出,“可考虑建立诉讼化的程序救济模式”。^[46]也就是说,如果被告人对检察机关的调查结论不服,可以通过中间上诉寻求法院救济。经审查,如果排除了关键证据,侦控机关可能会改变侦查方向,或补充收集证据,在侦查终结或审查起诉后仍未达到证据确实、充分的程度,就应撤销案件,避免不必要的审判。对犯罪嫌疑人而言,若中间上诉确认了相关证据的合法性,则会改变认罪态度和诉讼策略。这种利用中间上诉促进审前程序分流的思路能实现司法资源的优化配置。

第二,“尽早发现、尽早排除”非法证据,保障全案事实认定的准确性。达玛斯卡和缇德曼教授都认为,即使排除非法证据,也难以彻底消除它们对裁判者的影响。^[47]在侦查或审查起诉阶段,如果办案机关决定不排除非法证据,它们就会进入刑事程序的下一个阶段,作为起诉或判决的依据。一审法院作出有罪判决后,二审法院根据全面审查原则审阅全案材料后,再审查某一个或几个证据的合法性问题,全案材料中的证据和事实就会渗透到证据合法性的评价过程,全案证据和排除程序中的证据之间的相互影响,不利于准确认定并排除非法证据。^[48]中间上诉有助于尽早排除非法证据,在我国的语境中,就是要充分发挥公检法三机关各自排除非法证据的职能,做到“尽早发现、尽早排除”,防止案件“带病”进入起诉、审判程序。而且,从司法实务来看,审前排除程序的启动频率明显高于审判阶段,公安和检察机关可以充分利用排除规则达到“证据把关”之目的。^[49]尽早把非法证据移出刑事程序,有助于最大限度降低它对审判程序和裁判结果的负面影响。

第三,以上诉许可制控制上诉的数量,避免诉讼拖延,保障审判的中心地位。中间上诉的本质是“未决先上诉”,这要求法律设置严格的上诉条件,也要求法院谨慎批准

[45] 参见李训虎:《变迁中的英美补强规则》,《环球法律评论》2017年第5期,第140页。

[46] 沈德咏主编:《严格司法与诉讼制度改革》,法律出版社2017年版,第55-56页。

[47] 参见Mirjan Damaška, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997, p. 50; [德]科劳斯·缇德曼:《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22页。

[48] 参见牟绿叶:《论非法证据排除规则和印证证明模式的冲突及弥合路径》,《中外法学》2017年第4期,第1078-1079页。

[49] 参见吴洪淇:《证据排除抑或证据把关:审查起诉阶段非法证据排除的实证研究》,《法制与社会发展》2016年第5期,第156-158页。

上诉许可。英国刑事程序体现出“审判中心”的建构特征,^[50]重视通过审前程序保证审判的迅速进行。例如,英国法官必须展开审前的案件管理工作,通过证据开示决定是否有必要举行预先听证。控制了预先听证的数量,也就从源头上控制了随后可能提起的中间上诉的数量。同时,积极的案件管理工作也能让法院尽早发现证据问题,避免“起点出错”。在我国“以审判为中心”的改革中,应充分发挥庭前会议的功能,避免将非法证据问题带入庭审程序。同时可以借鉴英美和德国的“及时异议、否则失权”制度,^[51]严格限制被告人在庭审中或二审程序中首次申请排除非法证据的条件。这样能促使被告方尽早申请排除非法证据,也能保障一审程序的迅速进行。总之,“以审判为中心”的改革能为引入中间上诉制度提供探索空间,但中间上诉不能造成诉讼拖延,不能危及审判的中心地位。

[**Abstract**] The UK and US both have established the interlocutory appeal system to review verdicts on the admissibility of evidence. Interlocutory appeals are conducive to correcting wrongful verdicts, saving judicial resources and ensuring the accuracy of judgments. In accordance with the principles of equality of arms and fair trial, both parties should have the right to file interlocutory appeals. In order to control the number of appeals and enhance the quality of interlocutory reviews, the UK and US adopt the systems of discretionary appeal and the requirement of leave to appeal, and set high thresholds for interlocutory appeals. The court can approve an application for the leave to appeal and hear the case only if it meets the necessary conditions. Interlocutory verdicts are final. Studying the functions of interlocutory appeals and analyzing their constructions serve to highlight the importance of the exclusion of illegally obtained evidence as early as possible. China's "trial-centered" reform can offer room for the exploration of the interlocutory appeals and provide supportive mechanisms. However, interlocutory appeals should never cause the abuse of right or delay of proceedings, or jeopardize the central position of trial.

(责任编辑:雨 沐)

[50] Andrew Ashworth & Mike Redmayne, *The Criminal Process*, 4th edition, Oxford University Press, 2010, p. 396.

[51] Petra Viebig, *Illegally Obtained Evidence at the International Criminal Court*, ASSER Press, 2016, p. 243.