

刑事审判中的事实问题 与法律问题

从审判权限分工的视角展开

魏晓娜*

摘要 随着《人民陪审员法》的通过,事实问题与法律问题的区分从纯粹的理论探讨转变为迫切需要解决的现实问题。但是,这一问题不局限于陪审语境,在整个刑事审判场域下均具有普遍的意义。与哲学上的讨论不同,刑事审判中的“事实”“法律”及其分类具有权力(利)界定的功能,它确定人民陪审员与法官、初审法院与上诉法院之间的权限。刑事审判中的事实进一步细分为构成性事实和证据性事实、一般事实和专业事实,它还进一步确定法庭与鉴定人、普通证人与鉴定人的权限。在我国独特的司法解释体制下,审判法院与最高法院在法律问题上分享具体解释权和抽象解释权。带着中国问题意识,以基本语义为基础,再从功能主义出发引入特别的政策考量作出适当的修正,也许是一条解决区分难题的务实路径。

关键词 事实问题 法律问题 陪审制 审级制度 分权

一、区分事实问题与法律问题的必要

认定事实、适用法律是刑事审判的两大核心任务,相应地,刑事审判所要解决的事项也大

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。本文系国家社科基金项目“死刑限制的程序模式研究”(项目编号:15BFX73)和中国人民大学科研基金重大项目:“人民陪审员制度改革研究”(项目编号:15XNL012)的阶段性成果。

体分为事实问题、法律问题。中国刑事诉讼法也经常将“事实”和“法律”作为对比概念使用，〔1〕然而，二者的区分往往是笼统的、直觉意义上的，并不特别计较其中的精确边界。主要原因在于，中国刑事诉讼法长期以来不以“事实问题”与“法律问题”的区分作为刑事诉讼权力（能）配置的依据，二者的精确分类并无重大的实践意义。然而，2018年通过的《人民陪审员法》打破了这种局面，创造了由法官三人与人民陪审员四人组成的七人大合议庭。该法第22条规定：“人民陪审员参加七人合议庭审判案件，对事实认定，独立发表意见，并与法官共同表决；对法律适用，可以发表意见，但不参加表决。”为与《人民陪审员法》相衔接，同年通过的《关于修改刑事诉讼法的决定》，吸收了《人民陪审员法》确立的新型陪审法庭。这意味着，区分事实认定和法律适用，不再是纯粹的学术讨论，探究“事实”与“法律”问题的边界，在当下的中国，已经成为迫切的现实需要。在这一主题上，国内民事诉讼和行政诉讼法学界已有不少著述，〔2〕刑事诉讼法学方面的探讨相对较少，已有的研究也基本上局限于陪审语境，〔3〕而更为广泛的研究则基本上付之阙如。

实际上，在整个刑事审判语境下，事实问题和法律问题的区分都是一个具有普遍意义的课题。例如，事实和法律的区分还对审判主体提出了不同的权威要求，即在事实上，低级法院享有较高的权威，而在法律问题上，则往往是法院级别越高，权威越大。又如，在审判者存疑时，对事实和法律的区分会导致处理方案不尽相同，事实上的疑问，一般通过证明责任规范解决，在刑事审判中即是“疑罪从无”。法律问题上的疑问，则是通过法律解释来解决，在解释的方向上，法院应当朝着更能保护受追诉人权利的方向来解释，〔4〕因为司法权不可自行扩张国家对人民干预的权力范围。〔5〕

〔1〕 例如《刑事诉讼法》第2条规定：“中华人民共和国刑事诉讼法的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律……”；第6条：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，……必须以事实为根据，以法律为准绳。”；第35条：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见……”；第222条：“第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查……”；第225条第（二）项：“原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误……”；第243条：“各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实或者在适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。”

〔2〕 其中较为有影响的研究包括：傅郁林：“审级制度的建构原理”，《中国社会科学》2002年第4期，第84—99页；张卫平：“民事诉讼法律审的功能及构造”，《法学研究》2005年第5期，第41—50页；陈杭平：“论‘事实问题’与‘法律问题’的区分”，《中外法学》2011年第2期，第322—336页；王锴：“行政诉讼中的事实审查与法律审查”——以司法审查强度为中心，《行政法学研究》2007年第1期，第103—108页；等等。

〔3〕 比较有代表性的有陈学权：“刑事陪审中法律问题与事实问题的区分”，《中国法学》2017年第1期，第53—70页。

〔4〕 参见（法）贝尔纳·布洛克：《法国刑事诉讼法》，罗结珍译，中国政法大学出版社2010年版，第9页。

〔5〕 参见（德）卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2005年版，第37页。

如果从审判权限划分的视角看,事实问题和法律问题的区分其实决定了不同的裁判权限:

第一,划分审判中陪审团与职业法官的权限。英国法谚“法官不回答事实部分,陪审团不回答法律部分”(Ad quaestionem facti non respondent iudices. Ad quaestionem juris non respondent juratores),〔6〕从中世纪以来一直流传至今,这也是中国学者看到“事实问题与法律问题”这一主题所产生的最直观联想。

第二,划分初审法院与上诉法院的权限。在英美,事实问题在初审法院审理后,上诉原则上只能针对法律错误而提起。在欧洲大陆传统影响下的法国、德国、意大利、日本和我国台湾地区,对初审法院作出的判决,事实争议至多在第一次上诉时提起,〔7〕第二次上诉则只能针对法律问题。因此,事实问题在初审或者第一次上诉之后即不再讨论。

本文就将从审判权限分工的视角展开,拟对事实问题与法律问题的区分进行尝试性探讨,希望能够探索出较为可行的区分事实问题和法律问题的“中国式”路径,以回应当下中国刑事司法实践的现实需要。

二、刑事审判中的“事实”及其分类

(一)刑事审判语境下的“事实”定义

“事实”这样一个看似平常的词汇,背后却隐藏着巨大的分歧和争论,原因在于人们经常不加界定、不加分析地使用这个词。在哲学领域,对于“事实”这一概念,至少存在三种迥然不同的定义角度。其一是本体论视角。〔8〕其二是认识论视角。〔9〕其三是主客体关系的视角,认为“事实”是不依赖于主体主观意识的客观存在状态。〔10〕这个将“事实”置于主客体关系的定义视角,尤其契合本文给定的刑事审判情境,因此,本文采此说。

按照上述定义,刑事审判中的“事实”指的是在刑事审判过程中需要查明(认识)的客观事件及其过程。法学视野下的“事实”与哲学争论中的“事实”不同。从认识的对象来看,法学仅探讨具有法律意义的事实;从认识的手段看,刑事审判中对案件事实的认识以证据为工具,对证据的筛选受到法律程序的限制,对人格尊严等优位价值的考虑有时会超越发现事实真相的

〔6〕 孙笑侠编译:《西方法谚精选》,法律出版社2005年版,第106—107页。

〔7〕 并非所有的案件都可以对事实问题提起上诉。例如在德国,对于州法院审理的可能判处四年以上监禁的重罪案件,只能向联邦最高法院提起法律审上诉。

〔8〕 如罗素认为:“事实的意义就是某件存在的事物,不管有没有人认为它存在还是不存在。”(英)罗素:《人类的知识》,商务印书馆1983年版,第177页。

〔9〕 这种定义下的“事实”使用得最为广泛。然而,由于“事实”本身是不会开口说话的,所以人们在交流、辩论中所说的“事实”,实际上都是经过主体意识加工、以语言形式表达出来的事实判断。例如,“事实是这样的:……”“事实是不容否认的”。

〔10〕 参见孙伟平:《事实与价值》,中国社会科学出版社2000年版,第83页。

现实需要;从认识的主体看,在法学领域,对“事实”的界定和分类直接影响到各主体之间的权力(利)配置,如陪审员与法官之间、初审法院与上诉法院之间,当事人与法庭之间,甚至专家证人与陪审员(比如精神病鉴定中刑事责任能力的认定)、普通证人之间的权力(利)如何分配的问题。因此,对于刑事审判中的“事实”,不能不加以细分。当然,由于篇幅所限,本文只关注对审判权限分工产生实质影响的事实分类。

(二) 构成性事实与证据性事实

不同的“事实”在刑事审判中发挥不同的作用。根据其功能的不同,刑事审判中的“事实”可以进一步分为构成性事实和证据性事实。^[11]二者区分的意义在于,构成性事实只能由法庭(陪审团)认定,而不能由证人(包括专家)认定。^[12]这是一个无论理论意义还是现实意义都相当重要的原则,尤其是在精神病司法方面。例如,关于被告人是否具有刑事责任能力的事实,属于构成性事实,只能由法庭来作出判断,而不能由鉴定人(专家证人)认定。“专家的职责是向法官或陪审团提供衡量他们的结论的准确性所必要的科学标准,使法官或陪审团能够运用这些标准,形成他们自己的独立判断。”^[13]

构成性事实是指在审判中需要用证据证明其成立、法律对之赋予某种意义的事实。一般情况下,与每个犯罪构成要件对应的事实,都是构成性事实,哪些事实属于构成性事实往往取决于实体法的规定。例如,在中国刑法中,一个精神正常的成年人以非法占有为目的,当场使用暴力、威胁方式强取另一个人的财物,在没有正当理由的情况下就构成了抢劫罪。那么,被告人是一个正常成年人的事实,以非法占有为目的的事实,当场使用暴力或者威胁方法的事实,强取财物的行为缺乏合法化事由的事实,均是抢劫罪的构成性事实。但是,构成性事实并不限于构成要件事实,凡是直接具有某种法律意义的事实,都可以归为构成性事实,因此,对量刑有意义的事实,至少在本文的意义上,也属于构成性事实。再以中国刑法中的抢劫罪为例,“入户抢劫”是对抢劫罪加重处罚的量刑情节之一,是具有法律后果的事实,因而应当归类为构成性事实。法庭的任务也是对法律上有意义的事实——被告人是否入户抢劫——作出判断。

证据性事实是为了证明构成性事实而向法庭出示的,可以据以推出构成性事实的事实。“证据性事实是那种查明后,可以为推断其他事实提供逻辑基础,但并非结论性的事实。这里

[11] See A. A. S. Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence*, New York: Oxford University Press, 1989, p. 22.

[12] See Paul Roberts & Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 148.

[13] 这是苏格兰法官 Cooper 在 *Davie v. Edinburgh Magistrates* 案 ([1953] SC 34, 40) 中的论述。A. A. S. Zuckerman, *supra* note 11, p. 63.

的其他事实,可以是构成性事实,也可以是作为中介的证据性事实。”^[14]例如,在抢劫案的审判中,被害人作证说,罪犯进入自家的院子强取财物过程中与自己发生了肢体冲突,警察在被害人身上提取了罪犯留下的DNA样本,鉴定人证明该DNA样本与被告人的DNA样本高度吻合。在这里,DNA样本和在被害人身上发现了DNA样本的事实,以及鉴定人的鉴定意见都是证据性事实。法庭可以据此得出其他证据性事实:案发当时与被害人发生搏斗的就是被告人。最后,法庭对构成性事实得出结论:被告人实施了抢劫。

上述过程其实包含两个步骤、涉及两种不同的推理类型。第一步,从被害人陈述、DNA样本、鉴定意见等证据,推导出在抢劫案发当时与被害人发生搏斗的那个人就是被告人。这是从证据性事实推导构成性事实的过程,这一过程运用的是归纳推理,受逻辑法则和经验法则的支配。证据性事实与它所证明的事实的关系被称为相关性,如果一个事实的存在能够增加另一个事实存在或不存在的可能性,前者就与后者具有相关性。第二步,从“被告人进入被害人的院子”到“入户”。在这里,“被告人进入被害人的院子”是现实中发生的事实,而“入户”则是加重处罚情节。在二者的关系上,不是现实中发生的事实“被告人进入被害人的院子”证明了构成性事实“入户”,前者本身就是“入户”的构成性事实。^[15]这是与第一步完全不同的推理类型,是把纷繁多样的事实情节涵摄进“入户”这一加重处罚情节的过程。但这两个步骤在法律实践中统统被归类为事实问题。

(三)一般事实与专业事实

对于证据性事实,还可以进一步细分为一般事实和专业事实。这种分类的意义在于,对于一般事实,可以由法庭根据普通证人的证言加以确定;对于专业事实,则需要专家(鉴定人)提供专业的意见。对应一般事实和专业事实的分类,在证据法上形成了意见证据规则,^[16]即普通证人的任务只限于重述所发生的事实,其发表的分析判断意见应当予以排除,不得采纳为证据。意见规则背后的理由在于,对证人陈述的事实做出推断和分析是法庭(在英美法司法传统下是陪审团)的责任,如果允许证人做出分析判断,则蚕食了法庭(陪审团)的职权。^[17]但是,在专业事实上,需要由专家(鉴定人)出具专业的意见,不受意见证据规则的限制。此外,区分

[14] Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Haven: Yale University Press, 1923, p. 34.

[15] 《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2000]35号)第1条:“‘入户抢劫’,是指为实施抢劫行为而进入他人生活的与外界相对隔离的住所,包括封闭的院落……”。根据该解释,“被告人进入被害人家的院子”本身即是“入户”。

[16] 意见证据规则起源于英美证据法,但2010年两院三部联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第12条规定,“证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用……”在我国首次引入意见证据规则。

[17] See A.A.S. Zuckerman, *supra* note 11, p. 68, note 30.

一般事实与专业事实还具有一定的程序功能。例如,如果专家对自己专业领域内进行的实验结果存在意见分歧,可以通过公开辩论的方式,使可能的缺陷得以暴露。这种证明专业事实的程序与证明一般事实的程序是有区别的。

意见证据规则发挥作用的前提是对“陈述”和“意见”作出明确划分,不幸的是,“意见”是一个相当模糊的概念。大多数的证人对事实的陈述都或多或少地夹杂着自己的分析判断意见。比如,我从后面看到一个驼背的人横穿马路,认出那是我的朋友甲。当我作证说我看到甲穿过马路时,我不仅在陈述我所看到的一切,而且还有我根据自己看到的情况形成的意见。因此,与其关注“陈述—意见”的划分,不如关注专业事实的范围,换言之,法庭(陪审团)需要在什么样的事实上接受专家证据(意见),什么情况下由自己来作出分析判断?

一般认为,专业事实限于那些法庭难以自行作出判断的问题。英国法官 Lawton 在 1975 年的一个案件(Turner [1975] 1 All ER 70, 74)中解释了为什么将专家证据限于法庭难以判断的问题:“如果根据已证事实,法官或陪审团不需要(专家的)帮助,就能够形成自己的结论,那么就不必要求助专家意见……专家证人拥有令人仰慕的头衔的事实并不意味着他对于人性的洞察和正常行为的理解比陪审员自己的判断更准确。”〔18〕

需要注意的是,一般事实与专业事实是对证据性事实的分类,一般不涉及构成性事实。因此,即便在需要听取专家意见的事项上,也应注意专业事实的边界。如果引入构成性事实通盘加以考虑,则会发现一般事实、专业事实和构成性事实分别对应于普通证人、鉴定人(专家证人)和法庭,即,在一般事实中,普通证人仅作出陈述,法庭(陪审团)负责根据证人的陈述作出分析判断,再作出裁判;在专业事实中,专家(鉴定人)提供分析判断意见,法庭(陪审团)作出裁判。由此形成不同的“陈述—意见—裁判”主体权限结构。

从本质上看,刑事审判中的事实问题解决的是认识问题,对“事实”进行界定以及进一步分类,在很大程度上反映了刑事审判求“真”的努力,即在一个司法系统中,将什么样的事实分配给什么样的权威主体负责,更有利于揭示案件真相。

三、事实与法律的区分对于司法职权配置的意义:比较法的考察

在一个社会系统中,对事实的认知必须依赖具体的语言或符号系统来表达。在刑事审判中,对于事实问题的判断也需要以语句的形式表达出来,形成陈述性语句。与主张、确认事实关系的陈述性语句不同,法律主要表现为规范性语句。陈述性语句的联系词是“是”或“不是”等,规范性语句的联系词是“应该”或“不应该”等。前者属于事实判断,后者属于价值判断。描

〔18〕 Ibid., p. 64.

述事实关系的经验性语句,可以为真,可以为假,可以证伪。作为规范性语句,法律则不能用“真”或“假”来评判,只能从法律所追求的目的,以及追求目的的手段的合目的性、适当性来判断其适当性。这一点,形成了事实与法律最本质的区别。事实问题解决的是“发生了什么”法律问题解决的是“所发生的事件,在法律上有什么样的意义”。区分事实问题与法律问题,就是在“过去发生了什么事”与“该事件所具有的法律意义”两个问题之间划一条界限。^[19]

事实与法律之间的分殊,影响着现实的司法职权配置。这种影响是立体的,不仅涉及水平方向上的“陪审团—法官”的职能分工,而且影响垂直方向上“初审法院—上诉法院”的权限划分。只不过在不同的法律传统中,学术讨论的重点并不一样。在实行陪审团制度的英美等国,由于在法庭内部存在职能分工,因而水平方向上“陪审团—法官”分工下的“事实—法律”问题的法理研讨主要见于英美。在不实行陪审团制度的欧洲国家,水平方向上的“事实—法律”界分缺乏如英美国家那样重大的现实意义,因而讨论主要集中于垂直方向上“初审法院—上诉法院”的职能分工。

(一)“陪审团—法官”权限分工下的事实问题与法律问题

“陪审团回答事实问题,法官回答法律问题”的普通法原则奠定了法官与陪审团权限分工的大框架。然而,由于各种制度因素的影响,陪审团与法官在实际行使职能时并未严格遵守“事实—法律”的边界。人们熟知的两个特别的例证,一是英美陪审团在审判中行使“废止权”(Nullification)^[20]或“衡平权”(Jury equity)^[21]的情形,相当于在个案中直接废止了特定的实体法罪名;另一是死刑陪审团在美国的出现——自上个世纪60年代起,美国联邦和各州都开始在死刑量刑程序中使用陪审团,在陪审团认定被告人有罪之后,再由同一陪审团在死刑和终身监禁之间作出选择。^[22]

即便不在那么极端的情形下,在英美日常的司法运作中,陪审团仍保留了不少超越纯粹的

[19] See Paul Roberts & Adrian Zuckerman, *supra* note 12, p. 132.

[20] 美国法上的陪审团废止权,指陪审团享有的违背事实与证据作出被告人无罪裁决的权力,这样的裁决,导致刑事实体法无法在现实生活中发挥作用,实际上“废止”了该实体法。在陪审团审判中,有两个因素成就了陪审团的“废止权”:陪审团只需对被告人的罪责问题作一个概括性的裁决,不需要说明理由;美国联邦宪法第五修正案保证的“禁止双重危险”条款阻止了对被判无罪的被告人的再次追诉。See Joshua Dressler & Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure* (II), Newark: Matthew Bender & Company, Inc., 2006, p. 297.

[21] 陪审团在个案中不顾事实与证据裁决被告人无罪的权力,在英国一般称“衡平权”。近年来英国陪审团行使衡平权的最著名的例子是 Clive Ponting 的无罪裁决。Clive Ponting 是政府的高级公务员,被控将涉及马岛战争期间一艘阿根廷战舰沉没的密级文件泄露给了一名议员。被告人的行为明显违反了英国《1911年职务秘密保护法》第2(1)条,但陪审团依然裁决他无罪,原因似乎是他揭发了隐瞒行为,其做法符合议会民主传统。See *R. v. Ponting* [1985] Crim LR 318, Central Criminal Court.

[22] 参见(美)柯恩、唐哲、高进仁:《当代美国死刑法律之困境与探索》,刘超、刘旷怡译,北京大学出版社2013年版,第9页。

事实认定、解释法律的职能。例如，“意图”这个词，英国上议院认为这是一个“普通的英语词汇”，陪审团通常不需要进一步的司法引导。^[23]然而，在英美法中，“意图”是区分谋杀和过失杀人的一个重要的法律分界线，交给陪审团来确定，恰恰是为了让陪审团确定刑事责任的范围，划定刑法的边界。当陪审团在裁决被告人是否“意图”产生一个法律禁止的结果时，他们不仅是在裁决“发生了什么”，也是在评估“将所发生的事件认定为需要国家予以谴责和施以刑罚的犯罪行为是否适当”。在类似的例子中，陪审团面对的都是非常模糊的责任标准，只被要求根据自己的道德意识作出判断。可见，在英美的司法制度中，事实认定与法律解释是如此紧密地交织在一起，有时候很难分得清事实认定何时结束，而法律解释和道德判断何时开始。事实认定过程本身就伴随着价值判断，甚至有时候事实认定也是在制定规则。

促成上述局面的一个因素是陪审团裁决的概括性，陪审团只被要求从总体上对指控成立与否做出回答，而不就指控犯罪的每一个要素详细陈述理由和结论。“法庭对整个犯罪，而非这个或那个争点，作出判决。”^[24]这一立场到今天也没有大的变化。英国的曼菲尔德大法官曾指出，“通过作出概括性裁决，(陪审员们)被赋予一种混合法律和事实，并且按照他们的情感和激情作出判决的权力。”^[25]因此，要搞清楚陪审团的裁决是根据事实还是道德作出的判断，即便不是不可能，也非常困难。加剧上述效果的是陪审团作出的无罪裁决的终局性。在英国、美国和大多数英联邦司法区，对陪审团做出的无罪裁决，控方没有上诉权。^[26]因此，对于陪审团作出的无罪裁决，是基于事实判断还是道德判断，根本无从审查。

另一个因素涉及陪审团对特定术语的解释。在英美刑法中存在着大量交织着事实和法律因素的构成要件，比如特定的行为是否“意图”产生一个法律上禁止的效果，是否构成“重大过失”“欺诈”“非法侵入”“挪用”“疏忽大意”“侮辱”“猥亵”等等。这些术语的确切含义并不总是一目了然。英美司法实践发展出的应对方案之一即是将这个问题交给陪审团，由陪审团作出解释，虽然陪审团回答的明显是法律问题。

(二)“初审法院—上诉法院”权限分工下的考量

对初审法院和上诉法院的职能进行区分，在西方法治国家是通行的做法。但是，欧洲大陆

[23] See Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 2003, pp. 173—180.

[24] P. Devlin, *The Judge*, Oxford: Oxford University Press (1981), p. 143.

[25] *Ibid.*, p. 117.

[26] 在加拿大，检察官可以对无罪裁判上诉，但只能根据纯法律问题。英国《1996年刑事诉讼与侦查法》第54—57条创设了特定情形下高等法院撤销无罪裁决的权力：如果原来的被告人或者任何人通过犯罪手段干预或威胁证人或陪审员而妨害司法的。然而，这种程序不是上诉，而是一种以无效为根据的审查程序。类似的规定还可参见英国《2003年刑事司法法》第10章（授权上诉法院在发现“新的有力证据”的情况下撤销所列举的严重犯罪的无罪裁判）。

和英美在不同的政治权力结构影响下,形成了迥然不同的上诉制度。英格兰地域狭小,政令畅通,因此科层意识不突出。英国国王设计的是一种单一级、平面化的初审法院管辖体系,而不是一种科层式结构,既不需要司法系统内部的科层式划分,也不需要通过上诉制度来实现政策统一。^[27]他们对个案妥当性的偏爱超出对政策统一性的追求,个人常常作为独立的机关被授权作出重大的决定。大部分刑事案件的处理被委托给了当地的绅士——治安法官。在刑事法院,职业法官与陪审团一起审理严重刑事案件。一审判决具有终局性,一旦作出,立即发生法律效力,因此,上诉权对于英国被告人而言也并非理所当然之事,^[28]上诉理由也受到严格的限制,原则上只能针对法律问题而提起,初审判决的事实认定和量刑几乎不能质疑。即便上诉被受理,上诉法院也不会重新审理案件,只能审查原审卷宗,不得调查卷宗以外的材料,不考虑新的事实和证据,因而也缺乏审查原判决事实问题的手段和正当性。相比之下,近代以来欧洲大陆国家为了强化中央集权,加强对以前独立地区的控制,形成了科层型权力传统,以政策的确定性和统一性为核心价值追求。在司法领域,欧洲君主们发展出多层级的司法官僚制,很早就形成了全面、广泛使用的上诉制度。^[29]第一次上诉被设计为对初审判决进行全面审查的制度,可以对认定的事实、适用的法律、量定的刑罚进行全面的审查。但是第二次上诉只能针对法律问题,其主要目的是为了保证法律适用上的统一。受欧洲大陆法影响的日本和我国台湾地区也是如此,事实争议至多在第一次上诉时提起,在初审或者第一次上诉之后即不再讨论。

然而,事实问题与法律问题的界线究竟应当划在哪里,在大陆法系国家依然存在争议。在德国,有观点认为,要对事实问题和法律问题在逻辑上作出界定,对第三审上诉作出限制:只要是属于法律概念(可以用法律用语表达的),即成立法律评价;只要是包含在一般生活概念之下的(可以用日常习惯用语表达的),即为事实的认定。当一个规则的存在或其内容成为讨论的主题时,即成立法律问题。相反,如果只涉及法官个别认定的正确性,则为事实问题。^[30]但是,德国通说认为,对事实认定与法律适用从逻辑上作出界定基本上行不通,尤其是对某些法律概念,如德国刑法第224条规定的“严重毁容”的判断,判例的立场经常在事实问题和法律问

[27] 同上注。

[28] 在英国,被告人对刑事法院的有罪判决提出上诉,需要经过上诉法院的许可,或者由原审法院签发该案适于上诉的证据。参见英国《1968年刑事上诉法》第1条。在美国,虽然所有的司法区都允许被告人对严重的定罪提出上诉,上诉并非宪法权利。参见(美)约书亚·德雷斯勒、艾伦·C·迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解》,魏晓娜译,北京大学出版社2009年版,第355页。

[29] 达玛斯卡教授指出,上诉制度起源于中世纪后期现代国家逐渐出现之际欧洲统治者控制以前独立的地方势力的需要,上诉制度的确立与中央集权基本上是齐头并进的。See Mirjan Damaška, “Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure”, *The Yale Law Journal*, Vol. 84, No. 1, 1975, p. 489.

[30] 参见(德)克劳恩·罗科信:《刑事诉讼法》(第24版),吴丽琪译,法律出版社2003年版,第519页。

题之间切换。因此,通说主张放弃逻辑语义上的定义,转而从区分的目的着眼。在德国,第三审法院不得重新对案件事实进行审查,所以,所有将促使第三审法院对事实重新进行调查的错误,均不得向第三审法院上诉。相反,对所有无需第三审法院进行证据调查即可审判的错误,均可以向第三审法院上诉。回到前例,如果第三审法官必须亲自见到被害人才能判断其是否“严重毁容”,那么该第三审上诉将被判定为无目的性,从而不会被受理。相反,如果从判决理由即可得知,事实审法官将轻微的擦伤视为德国刑法第 224 条意义上的毁容时,则该第三审上诉可以受理。^{〔31〕} 总体而言,第三审法院的监督基本上限于对事实审判决法律层面的考量。

但是,第三审法院对原审法院的事实认定仍然存在不同程度的干预。例如,如果上诉理由为违反实体法,那么第三审法院就要审核原审法院认定的事实,以确定是否正确地适用了实体法。德国联邦法院近年来的一个发展趋势是,扩大基于法律错误的上诉对原审法院事实认定的审查范围,具体方法是当事人主张原审法院违反了刑诉法第 244 条第 2 款所规定的收集所有相关证据的义务,因而判决的事实基础不充分。这是一种程序违法主张,但审查内容会涉及事实认定。根据法律错误的上诉对原审法院事实认定进行审查的另一种方式是对判决的内在一致性进行审查,尤其是事实认定是否符合逻辑法则、一般生活经验准则、科学定律、周知的事实,以及法官在评判证据时是否考虑了全部的可能性。如果判决没有考虑其他“明显的”可能性,因而不能给判决一个一致而全面的解释,那么就应当撤销原判。^{〔32〕}

在日本,当事人提出上告(第三审)的理由仅限于违反宪法和违反判例,但是,上告审一旦发动,在“量刑显著不当”和“给判决带来影响的重大事实认定有错误”等情况下,上告审法院可以依职权撤销原判决。实践中,当事人提出上告多是为了促使法院发动这种职权,从而实现事实审查的效果。^{〔33〕} 在美国,法律审也未能阻止上诉法院对事实问题的审查。被告人在上诉中经常提出的一种主张是,支持被告人有罪判决的证据不充分。美国联邦最高法院对此确立的标准是,“从最有利于控方的角度审查全部证据后,任何理性的事实裁判者是否都会排除合理怀疑地认定犯罪要素的存在。”^{〔34〕} 然而,在这一问题上,英国的上诉法院不享有美国法院享有的审查定罪证据充分性的一般权力。^{〔35〕}

可见,以事实与法律之殊为前提而建立的分权体制,无论是水平方向上的“陪审团—法官”分权,还是垂直方向上的“初审法院—上诉法院”分权,由于多种因素的交互作用,在实际运作中并未完全遵循事实与法律在语义上、逻辑上的定义。这是我们探讨事实与法律之界分与

〔31〕 Ibid., p. 517.

〔32〕 参见(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 226—227 页。

〔33〕 参见(日)松尾浩也:《日本刑事诉讼法》,张凌译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 269 页。

〔34〕 Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307 (1979).

〔35〕 See Paul Roberts & Adrian Zuckerman, supra note 12, p. 84.

意义时遇到的最大难题。

四、中国问题与改革建议

事实与法律在语义上、逻辑上的定义并非毫无意义。正如在法律解释技术上首推“文义解释”一样，^[36]对事实与法律的界定也应首先尊重其基本语义上的定义。否则，事实与法律的界定就完全失去了准绳，成为不可捉摸的概念。法学领域关于该主题的讨论，特别之处在于，对“事实”范围的界定直接影响到审判主体的权力配置。鉴此，事实与法律的界定，不能飘忽不定，完全脱离基本语义。当然，纯粹逻辑语义角度的界定远远不够，还需要从功能主义出发反向考量刑事审判中的权力配置，以及权力配置背后的原理或政策。此外，在中国语境下讨论事实与法律的界分，不能不考虑中国刑事审判中既存的或者可能产生的特殊问题。带着这样的问题意识，以基本语义为基础，再从功能主义出发引入特别的政策考量作出适当的修正，也许是一条解决中国问题的务实路径。

（一）事实与法律之界分

1. 陪审视角

在中国，对事实与法律进行准确界分的必要性目前主要来自《人民陪审员法》第22条的规定。有学者就刑事陪审中区分事实问题和法律问题的具体方式，概括出一般裁定与问题清单两种模式，并主张采用问题清单模式。^[37]然而，讨论区分的具体方式并不能解决“事实认定”的范围问题，因而也无法确定人民陪审员表决权限的边界。而这恰恰应该是本文研究的初衷。

从基本语义出发，刑事审判中的“事实”指的是在刑事审判中需要查明（认识）的客观事件及其过程；“法律”是一种通过适用条件和法律效果的连接，表达立法者特定价值立场、普遍适用于一切接受对象的应然规范或规范体系。在此基础上，应当结合人民陪审员参与审判的功能与价值，对“事实认定”的范围作出修正。

人民陪审员参与庭审，功能之一是在刑事审判中引入普通人的生活经验和一般社会常识，以提高事实认定的准确性，增进社会公众对于判决的信任。可见，人民陪审员的优势在于作出经验性判断，而非规范性判断。因此，在规范性判断色彩较为浓厚的议题上，例如证据的合法性问题，就不宜由人民陪审员作出决定，即使这一问题解决过程中也会涉及事实问题，比如是否存在刑讯逼供行为。因此，关于证据的合法性问题，应当作为法律问题由法官作出决定。

^[36] 典型的法律解释方法，是先依文义解释，而后再继以论理解释。参见杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第101页。

^[37] 问题清单模式，是指陪审员在评议时，需要对案件中的系列具体事实问题逐一作出回答，然而由法官根据陪审团的事实认定结果对报告进行定罪量刑。陈学权，见前注[3]，第67页。

量刑作为刑事审判中的任务之一,一般被认为是法律适用问题,属于法官的职权范围。在英美,量刑甚至被界定为不属于审判程序的独立程序,因而在量刑问题上不容陪审员置喙,完全由法官掌控。然而,这种界定明显过于简单化。量刑活动虽然必然包含规范适用活动,但仍大量的法定或者酌定量刑情节涉及事实认定,如“自首”“立功”“被害人有过错”“退赃”等等,如果一概界定为法律问题,则会大大压缩人民陪审员的职能范围。因此,将量刑一揽子界定为法律适用问题并不适当。

即使在美国,量刑也并非完全属于法官的职能范围。美国联邦系统和保留死刑的州在1976年以后纷纷通过新的成文法,将陪审团引入死刑量刑程序,打破了“陪审团负责定罪,法官负责量刑”的传统格局。在死刑案件中,陪审团对被告人做出有罪裁决后,再由同一陪审团决定是否对被告人判处死刑,扩展了陪审团的适用范围。^[38] 在缺少陪审传统的日本,^[39] 2009年开始施行“裁判员”(陪审员)制度,对于死刑案件,必须由3名法官和6名裁判员组成合议庭进行审理。与普通刑事案件中的衰落适成对照,陪审制反而在死刑案件中得到扩展与强化。这些新的发展趋势,不能纯粹归结为历史的巧合。陪审制度的功能不仅仅在于事实认定,它另一个重要的价值是在事实认定中引入社会自身的正义和道德标准,并以此保证刑事审判制度不会脱离公众的是非感,不会失去对其有效运作至关重要的公众支持。^[40] 陪审还是一种责任转移和分担机制,通过迫使其他主体(陪审员)承担全部或者部分判决责任来解脱法官或者分担法官的压力。在中世纪,“血罪和葬送(无辜)的责任被推过来、推过去,从陪审团推到法官又从法官推到陪审团;但是实际上紧紧地绑在了这两者身上,最终尤其落到了陪审员头上。”^[41]

因此,在死刑案件中,包括死刑量刑过程中,陪审具有特别的意义。对一个人是否判处死刑,绝非单纯的法律问题,这个过程需要考量一个社会的主流价值观,还需要考虑社会、文化、宗教、伦理、民意等多方面因素,而这恰恰是陪审员的作用能够发挥得较好的领域。在目前世界上大多数国家已经废除死刑的背景下,中国在死刑执行数量上长期保持高位,难免成为众矢之的。在这种情况下,探讨如何消减对死刑适用的正当性责难和分化、转移死刑错判的风险,也许是一种更为务实的态度。引入陪审员参加死刑量刑,不仅可以使死刑判决反映主流民意,

[38] See *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 188 (1976).

[39] 日本历史上曾短暂地实行过陪审制。1924年,日本以英美法系的陪审制度为榜样,制定《陪审法》,由12名陪审员就有无犯罪事实作出判断。但在《陪审法》施行过程中,不少被告人拒绝陪审,愿意接受法官的审理。而且民众普遍存在严刑酷罚的观念,往往凭感情和先入为主进行判决,出现了一些错案。1942年,日本停止适用陪审法,引进美国陪审制的努力以失败而告终。

[40] See Paul Roberts & Adrian Zuckerman, *supra* note 12, p. 64.

[41] 17世纪檄文作家豪勒斯(Hawles)语,转引自(美)詹姆士·Q.惠特曼:《合理怀疑的起源》,但化强、李伟译,中国政法大学出版社2012年版,第24页。

而且有效地缓解和分担法官的判决负担和道德压力,强化判决的正当性基础。因此,死刑量刑目前可以归入由人民陪审员参与表决的“事实问题”。

需要指出的是,在区分事实与法律问题方面,需要对基本语义路线作出“修正”的并不限于上述几个方面。最高人民法院2019年发布的关于《适用人民陪审员法若干问题的解释》,以法律拟制的特殊方式,为陪审语境下事实 and 法律的区分难题提供了终极解决方案,即“事实认定问题和法律适用问题难以区分的,视为事实认定问题。”(第9条)此种处理可以在一定程度上避免因对事实的界定过于狭窄而侵夺人民陪审员职权、损害陪审制度功能的情况出现。但该方案并不延伸适用于审级视角。

2. 审级视角

审级视角下的“事实—法律”界分,目前在中国尚缺少足够的实定法律基础。但是,这一讨论仍然具有意义。目前中国法院在审级制度上实行两审终审,各级审判中均贯彻“全面审查”原则,各审级之间不存在功能上的分化,不区分事实问题与法律问题,胡子眉毛一把抓,引发至少两方面的问题:

第一,两审终审加剧刑事司法的地方化和法律适用上的不统一。我国目前普通刑事案件实行两审终审制,仅在死刑案件中实行事实上的三审制。普通刑事案件中两审终审,使得绝大多数刑事案件止步于各地中级法院,即使出现重大的法律问题,也无法实现高级别法院的监督。下列两个案例即是近年来司法实践中存在的有关方面为了规避高级法院的监督,把案件控制在当地,违反刑事诉讼法关于级别管辖的规定,“降格处理”严重刑事案件的典型:

案例1:柯长桂涉嫌故意杀人被陕西省商洛市中级人民法院判处死刑,因事实不清、证据不足被陕西省高级人民法院撤销原判,发回重审。商洛中院于是将该案“降格处理”,交给柞水县法院审理。2004年12月10日,柞水县法院作出判决,以故意杀人罪判处柯长桂有期徒刑15年。2016年,柯长桂再年被宣布无罪。^[42]

案例2:李怀亮涉嫌故意杀人,此案最初“降格处理”,由叶县法院判处有期徒刑15年。李怀亮和被害人家属均不服,向平顶山中级法院提起上诉。2003年,平顶山中院以“事实不清,证据不足”撤销叶县法院的一审判决,发回重审。2004年,叶县法院重审此案。其间,被害人的父母多次上访,强烈要求平顶山市中院审理,此案才提高审级。后经被告人和河南省高级法院两轮“上诉—发回”循环后,2013年,平顶山市中院因证据不足宣布李怀亮无罪。^[43]

近年来中央大力推进的司法体制改革以“去地方化”作为重要目标,而两审终审的结果,是

[42] 参见《含冤十三载,从死缓到无罪——陕西柯长桂杀人案始末》,载三秦网, <http://www.sanqin.com/2016/1019/250307.shtml>,最后访问日期:2018年12月20日。

[43] 参见《李怀亮涉嫌杀人案:12年悬案压垮两个家庭》,载搜狐新闻, <http://news.sohu.com/20130503/n374690436.shtml>,最后访问日期:2018年7月19日。

一般刑事案件很难通过正常的上诉渠道进入高级别法院的视野,加剧了刑事司法的地方化,与中央司法改革的目标南辕北辙。刑事司法的地方化又必然加剧法律适用上的不统一。在单一法律体系内部,法律适用应当尽量趋于一致、统一。目前我国法院统一法律适用的实现途径主要有以下几个:一是在法律通过或者修改后由最高法院统一作出司法解释;二是最高法院以批复的形式对下级法院提出的法律适用问题进行解释。2011年开始,最高法院先后发布了21批指导性案例,以促进法律统一适用。2018年底,最高法院印发《关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》,通过明确法院内部专业法官会议、审判委员会的职能,健全完善了法院内部统一法律适用的机制。2019年10月28日,最高法院又发布《关于建立法律适用分歧解决机制的实施办法》,确立了最高法院各业务部门、各高级法院、各专门法院申请最高法院解决法律适用分歧的机制。上述方式在统一法律适用方面已经或者即将发挥重要的作用。然而,上述机制大多以地方各级法院接受最高法院指导的强烈主观意愿作为发挥作用的前提,如果出现像案例1和案例2中地方法院接受最高法院监督的意愿不高或动力不足的情况,就缺乏带动刑事案件进入高级别法院“法眼”的机制,高级别法院对个案的法律监督就无法实现,法律适用的统一性就失去了保障,司法的地方化仍难以避免。

第二,“全面审查”引发正当性和效率的双重质疑。刑事二审程序和死刑案件死刑复核程序均实行“全面审查”原则,^[44]这意味着二审法院和死刑复核法院可以对一审判决进行全方位的审查。但是,我国刑事案件二审开庭比例不高,^[45]死刑复核程序完全不开庭。这种制度安排引发一系列的质疑:其一,二审法院以及死刑案件中的死刑复核法院是否有能力对一审判决认定的事实、证据进行审查?依据常识,在发现事实真相的能力方面,二审法院并不优于一审法院。^[46]死刑复核程序的在发现真相方面的劣势有过之而无不及。其二,二审法院和死刑复核法院以不开庭方式进行的事实认定,何以优于一审法院以公开、开庭方式作出的事实认定?其三,“全面审查”意味着二审法院必须依职权对原判决控辩双方已无争

[44] 死刑复核程序的审查范围刑事诉讼法没有明确规定,根据《最高人民法院关于适用中华人民共和国刑事诉讼法的解释》第348条的解释,死刑复核程序实际上也实行“全面审查”原则。

[45] 这一点可以从立法的变化看出来。1996年《刑事诉讼法》第187条规定:“第二审人民法院对上诉案件,应当组成合议庭,开庭审理。合议庭经过阅卷,讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见,对事实清楚的,可以不开庭审理。”立法态度是以开庭为原则、以不开庭为例外。2012年刑事诉讼法修正之后,立法者态度发生重大变化,第223条规定:“第二审人民法院对于下列案件,应当组成合议庭,开庭审理:(一)被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议,可能影响定罪量刑的上诉案件;(二)被告人被判处死刑的上诉案件;(三)人民检察院抗诉的案件;(四)其他应当开庭审理的案件。”这种立法方式使得开庭成为例外。即便是法定应当开庭审理的案件,实践中也并未贯彻到位,例如薄熙来案,上诉人对第一审认定的事实、证据问题提出异议,属于法定应当开庭审理的情形,而实际上二审法院并未开庭。参见:《薄熙来案二审裁定书全文披露:薄提11条上诉理由》,载腾讯新闻,<https://news.qq.com/a/20131025/011824.htm>,最后访问日期:2018年7月19日。

[46] 参见(德)托马斯·魏根特,见前注[32],第222页。

执的部分重复审理,浪费司法资源,没有实际利益,反而会拖累有实质争执需要开庭审理的案件无法开庭,影响二审案件的整体审判质量。死刑复核程序中问题更为严重。仅是阅卷工作一项,法官们就已经不堪重负。其四,二审程序和死刑复核程序实行全面审查原则,上级法院集事实审查与法律审查于一身,审级越高,权威越大。这种上行的权威结构,把死刑案件与生俱来的各种责难和风险引向中央司法机关,是一种高风险结构。

鉴此,本文主张在我国审级制度中引入“事实—法律”界分的理念,对刑事审级制度进行全面的改革。总体来说,将三审制从现有的死刑案件推广适用于全部刑事案件,并将第三审改造为法律审,仅受理对法律问题提出的上诉,借力于当事人(控辩双方)的上(抗)诉带动个案系属于高级别法院,以强化高级别法院对下级法院的法律监督,促进各级法院在适用法律方面的统一。同时,为了防止大量案件涌入高级法院甚至最高法院,控制上诉案件数量,赋予第三审法院受理上诉的裁量权,以审查上诉理由是否属于法律问题,是否具有足够的法律价值。^[47]

死刑复核程序是否也改造成法律审?这可能是审级制度改革中最引人关注的问题。很多人担心,如果将死刑复核程序也改造成法律审,是否会削弱其对事实错误的救济功能,进而降低死刑判决质量?对此,本文要阐明两点:其一,近年来在法院系统大力贯彻证据裁判原则、严防冤假错案的努力下,死刑案件办案质量有了显著的提高。有学者实证研究发现,近年来死刑案件的不核准率很低,基本控制在6%左右,有的省份如青海、江苏、甘肃甚至连续多年死刑核准率达到100%。最重要的是,该研究发现,死刑判决不核准的原因主要是法律适用错误。^[48]在这种新形势下,弱化死刑复核的事实救济功能,并不意味着降低死刑判决质量。其二,如前文所述,所谓的法律审并不绝对排除对事实问题的审查,但这种审查与一审法院审理的侧重点有所不同。死刑案件第一审程序重在死刑适用在个案中的妥当性,包括认定事实、适用法律、诉讼程序是否符合法律规定,适用死刑是否合法与妥当。二审程序的重点应当是在个案中对第一审判决出现的错误提供具体的救济。而统领全局的最高法院,应当侧重于把握案与案之间在适用死刑是否标准统一,是否合法、公平并合乎比例。在中国现阶段,完全排除死刑复核法院对于事实问题的审查并不现实,但与原审法院相比,中国的最高法院同前述德、日等国的第三审法院一样缺少“核实”证据的必要手段,其在事实审查方面并不占优势。因此,死刑复核法院的审查重点应当放在证据的充分性和事实认定的内在逻辑性,以及死刑案件之间标准的一致性与统一性。这样的审查,从性质上已经是“法律审”,然而对于死刑复核程序统一死刑适用的功能而言,其实已经能够满足需要。

在第三审功能确定的同时,前两个审级的功能也应当适当分化和调整。具体来说:首先,第一审是认定事实的最关键阶段,理应成为整个刑事司法的重心。为此,应坚定不移地继续推

[47] 参见李荣耕:“初探最高法院之案件受理规范及言词辩论”,《月旦法学》第208期(2012年),第62页。

[48] 参见高通:“最高人民法院死刑复核全面审查原则再检视”,《法学家》2017年第3期,第22—23页。

进“以审判为中心”的各项制度改革。其次,突出二审程序的事实救济和法律救济功能,第二审法院仅对原审判决提出上诉或者抗诉的部分进行审理。这也是贯彻落实十八届四中全会《决定》提出的“完善审级制度,一审重在解决事实认定和法律适用,二审重在解决事实法律争议……”此种改革有三个好处:其一,从当事人的角度来看,允许对判决的一部分提起上诉既合乎上诉的目的,又有利于当事人集中攻击防御的焦点。其二,从法院角度来看,第二审法院的审理范围限于提出上诉或者抗诉的部分,可以减轻第二审法院的负担,节省司法资源,有助于提高二审开庭的比例和审判质量。其三,以当事人上诉或者检察机关的抗诉限制第二审法院的审理范围,可以避免程序重心移往上级审,保证第一审的重心地位。

(二)事实的分类

如前所述,刑事审判中的事实可以进一步区分为构成性事实与证据性事实。所谓构成性事实,是直接由实体法赋予某种法律意义的事实。在刑事审判中,构成性事实具有重要的法律意义,至少折射出两对权力(利)关系:其一,起诉权与审判权的关系。根据不告不理/控审分离原则,审判范围不得超越起诉书指控的事实范围。该原则不适用于法律问题,因为法律适用属于法官的职权范围。所以,起诉书中援引的法条和提出的量刑建议,不能约束法院,仅具有参考价值。就事实而言,实行或不实行诉因制度,^[49]对于起诉的范围有直接的影响。在诉因制度之下,审判对象为经犯罪构成要件整理后的诉因事实,法庭原则上不得变更检察机关指控的罪名。如果不实行诉因制度,则审判对象为未经犯罪构成要件整理的原始事实,只要适当关照到辩护权,法庭改变起诉罪名没有实质性障碍。^[50]其二,法庭与当事人(控辩双方)的权力(利)分配。职权主义是将调查事实的权力委诸法庭,法庭负有查明真相的责任。彻底的当事人主义则分析出当事人主张、当事人进行、当事人处分三项原则,其法律效果在于,不仅将事实调查权交给控辩双方,而且通过当事人的主张和处分限定法庭的审理范围,只有当事人之间存在争议的事实才成为审判对象。中国以职权主义为底色,从上个世纪末启动审判方式改革,实际上是吸收了“当事人进行”规则,将事实调查权在法庭与当事人(控辩双方)之间重新分配。但由于并未全面转向当事人主义,当事人对构成性事实达成一致并不能排除其成为审理对象,法庭仍有综合全案证据认定构成性事实的职责和权力。

因此,在职权主义背景下的中国刑事审判中,构成性事实与证据性事实分类的意义在于,

[49] 所谓诉因,“亦即该当刑罚法律所定构成要件之具体事实。”林裕顺:《日本诉因制度之比较法研究》,《月旦法学》第175期(2009年),第23页。《日本刑事诉讼法》第256条规定,“公诉事实,应明示诉因而为记载。诉因之表示,应尽可能藉由日时、场所及方法以特定犯罪事实。”“罪名,明示应适用法条而为记载。但法条记载有误,若对被告防御未有实质不利益之虞,不影响公诉效力。”

[50] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第241条第2项规定:“起诉指控的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名与审理认定的罪名不一致的,(人民法院)应当按照审理认定的罪名作出有罪判决;……”

首先,构成性事实只能由法庭认定,不能由当事人(控辩双方)处分,换言之,双方就构成性事实达成的协议并不能约束法庭。其次,构成性事实也不能由证人(包括鉴定人)认定。^[51]这是一个分配法庭和鉴定人权限的基本原则。本文作者以“刑事责任能力”为关键词,截止2019年11月20日,在“中国裁判文书网”检索到48份最高人民法院的死刑复核刑事裁定书,刑事责任能力问题无一例外均由鉴定意见作出认定,表述方式多为“证明×××(被告人姓名)具有完全刑事责任能力的精神病医学鉴定意见”;证实×××(被告人姓名)在作案时具有完全刑事责任能力的司法精神病鉴定意见”;“经鉴定,××(被告人姓名)为反社会性人格障碍、精神活性物质(新型毒品)所致精神障碍,案中具有完全刑事责任能力。”这说明,在我国精神病司法实务中,作为构成性事实的刑事责任能力问题由鉴定人作出认定是普遍的司法实践,因此倡导构成性事实与证据性事实的区分在中国仍具有现实意义。

证据性事实可以进一步分为一般事实与专业事实,前者由普通证人提供证据,后者由鉴定人提供专业的分析判断意见。区分一般事实与专业事实的意义,一是划定法庭和鉴定人的权限。凡是不需要借助专业知识,能够利用自己的一般生活经验、常识,以及对人性和世事的洞察就能够作出判断的,均由法庭(包括法官和陪审员)自行作出判断;涉及专业知识的证据性事实才由鉴定人分析判断。二是提供证据的主体和方式不同。对于一般事实,由证人以陈述的方式作出,猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用。鉴定人就专业事实作证时,则没有上述限制。三是调查程序不同。对一般事实的证言的质疑,通过交叉询问的方式进行;对鉴定人提供的专业事实方面的意见,如果有不同意见,则需要传唤有专门知识的人到庭,就鉴定人作出的鉴定意见提出意见,必要时可以公开辩论。

(三) 法律的解释

刑事审判中以法律为对象的活动大致可以分为两种:法律适用和法律解释。法律规范要适用于客观发生的案件事实,为此,必须将应予适用的规范内容尽可能精确化。所以,法律适用不可避免地伴随着法律解释。然而,与判例法制度下法官在法律适用过程中还承担法律续造职能不同,我国普通法官行使的法律解释权其含义是特定的,即在法律适用过程中,为保证正确的法律适用,将应予适用的规范内涵精确化。英美普通法官所享有的抽象意义上的解释权,或创立规则的解释权,在我国则交给了最高人民法院。^[52]将法条适用于具体个案过程中的解释权与最高人民法院享有的司法解释权,借用张志铭的概念,可以分别称为“具体解释权”

[51] See Paul Roberts & Adrian Zuckerman, *supra* note 12, p. 148.

[52] 当然,在解释的边界问题上,最高人民法院和全国人大常委会也存在权限划分。根据1981年6月全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》规定,最高人民法院就审判工作中具体应用法律的问题进行解释。对法律条文本身“进一步明确界限或作补充规定”的,则全国人大常委会才有权进行解释。

与“抽象解释权”。^[53]

我国台湾地区学者韩忠谟认为,中国之所以形成这种独特的司法解释格局,与“下级法院人员法学智识浅薄”有关。^[54]虽然新中国司法制度与清末、民国司法制度不存在承继关系,但这一分析对于新中国司法制度初创时期司法解释体制的形成仍然有效,虽然当代中国法官的素质早已不可同日而语。除此之外,现行司法体制中的法律审缺失,客观上也强化了目前的司法解释格局。也就是说,在无法通过法律审实现法律的统一适用的情况下,只好另辟蹊径,由最高司法机关发布统一的、抽象的司法解释,不失为一种弥补。

与西方法治国家相比,中国目前的司法解释体制确属独特。英美的法官享有较高的权威,在具体案件中不仅可以解释法律,而且可以通过判例创制规则,集具体解释和抽象解释于一身。欧洲大陆的情况较为复杂。基于严格的分权理论和对法官的不信任,许多国家曾尝试通过立法来解决法律适用过程中遇到的解释难题。比如法国在大革命期间曾经通过法律,规定“当法院认为有必要解释一项法律或制定一项新法时必须请求立法会议”,并设立附属于立法机关的“上诉法庭”(Tribunal de Cassation),负责监督各类法院,以防司法偏离法律条文,侵犯立法权。但是,这种要求由立法机关解释法律的做法不久就发生变化,作为其产物的“上诉法庭”后来也与立法机关脱离,演变为法国的最高法院(Cour de Cassation)。《法国民法典》“总则”第4条规定,法官如果以法律无规定或者不明确或不完备为由拒绝依法判决,必须因此承担责任。这就改变了由立法机关负责解释法律的做法,肯定了法官解释法律的权力。^[55]可见,无论是英美还是欧洲大陆,具体解释和抽象解释最终都没有分离,一概由审判案件的法院行使,至于统一法律适用的问题,则通过高级别法院的法律审来解决。

中国目前的司法解释体制会产生独特的问题。“具体解释权”与“抽象解释权”的区分具有界权功能,它划分了审判案件的法院和最高法院在解释法律方面的权限。然而,一个比较现实的问题是:什么情况下需要由最高法院以司法解释的形式制定规则?什么情况下交给审判法院在个案中作出自己的理解和适用?例如,为了规范非法经营罪的认定,最高人民法院2011年4月8日下发的《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》第3条规定:

[53] 参见张志铭:《法律解释学》,中国人民大学出版社2015年版,第14页。

[54] 韩忠谟指出,“我国除判例外,尚有‘解释’,这是我国独有的制度,也是清末变法的副产品……民国变法,下级法院人员法学智识浅薄,各地方初级审判,从县知事到法院仓促间均不足以应付裕如。尤其是过渡时期,县长兼理司法,借重承审员担任实际审判,修养更是不够。因而每每以快邮代电假设案例,将所遭受法律上之疑难,呈请核示而送到上级法院请求解释。北京大理院为应下级法院审判需要,遂发表其意见,无形中就成为法律解释。一直到十六年政府奠都南京,最高法院及司法相继成立还是如此。民国三十六年行宪以后,情形才见好转。新宪法明文规定法院须依自己之职权独立审判(除非在不同系统之机关对于适用法律发生疑难才可请求统一解释,否则一律不准),然而我们始终仍有‘解释’存在,如司法院大法官会议有统一解释法律之权,对各级法院均有影响。”同上注,第147页,注①。

[55] 张志铭,见前注[53],第164—165页。

“各级人民法院审理非法经营犯罪案件,要依法严格把握刑法第二百二十五条第(四)的适用范围。对被告人的行为是否属于刑法第二百二十五条第(四)规定的‘其它严重扰乱市场秩序的非法经营行为’,有关司法解释未作明确规定的,应当作为法律适用问题,逐级向最高人民法院请示。”这里就涉及具体解释权与抽象解释权在审理法院与最高法院之间的分配问题。

本文认为,对于这一问题,存在两个不同的解决方案。从远期来看,法律解释问题宜通过确立三审制解决,即通过设立专门的法律审解决法律的统一适用问题,使抽象解释逐渐归于具体解释,由审判法院统一行使,原因已见前述。

在目前的司法解释体制未发生根本改变的前提下,具体解释和抽象解释的界定标准,应取决于对于相关法条一致适用的偏好程度。从理论上讲,在单一法律体系内部,法律适用、法律解释均应当具有一致性。然而,对于刑法条文各要素,人们对于一致性的偏好程度是有差别的。比如,对于盗窃罪、诈骗罪等侵财类犯罪,作为立案起点的“数额较大”应当如何把握?各省之间根据经济发展水平的不同,允许存在一定的差异。但是,在死刑适用问题上,各省之间的差异似乎更令人难以接受。这意味着,即便对于纯粹的法律问题,也不是要求整齐划一,在不同的法律事项上,人们对于法律适用的一致性有着不同的期待。中国目前仍处于社会转型期,审判法院和最高法院的具体解释权和抽象解释权的边界,也需要根据情况不断进行调整,对于实践中出现的新的问题,可以抱持观察的态度,先由审判法官自行解释适用,甚至可以界定为事实问题交由初审、二审法官解决,直至产生统一法律适用的需要,再由最高法院作出抽象解释。

五、结 论

从基本语义上看,事实问题解决“发生了什么”的问题,法律问题解决“所发生的事件,在法律上有什么样的意义”的问题。前者以发现真相为主要价值追求,后者以法律的准确统一适用为依归。“发现真相”与“法律的准确统一适用”是两种不同的任务,而适于完成这两项任务的主体也必然有所不同。因此,与纯粹哲学意义上的讨论不同,在刑事审判语境下区分“事实问题”与“法律问题”同时具有界定审判主体权限的意义。由事实问题与法律问题的不同性质而导致的审判权限界分,不仅可能在平面上展开,形成职业法官与陪审员之间的权限分工,而且可能在垂直方向上展开,形成初审法院与上诉法院在审判权威方面的分化。甚至不同类型的“事实”(如一般事实和专业事实),也有不同类型的主体最适于解答它们。法律适用过程必然伴随着法律解释。在中国独特的司法解释体制下,不同类型的法律解释(具体解释和抽象解释)分别由审判法院和最高法院负责。在具体解释权和抽象解释权的边界确定问题上,存在着远期与近期两种不同的方案。从最终方案来看,为解决法律的统一适用问题,未来须对审级制度作根本性变革,从目前的二审制改采三审制,使得具体解释与抽象解释最终合二为一。从近

期方案看,在保持目前的司法解释体制不变的前提下,具体解释和抽象解释的界定标准,应取决于对相关法条一致适用的偏好程度。在目前新问题不断涌现的社会转型期,也可以尝试先将问题交给审判法官自行解释,待产生统一法律适用的需要,再由最高法院进行抽象解释。

Abstract: With the adoption of the People's Assessors' Law, distinguishing factual issues from legal issues has become a practical problem that urgently needs to be solved. This problem is of general significance in the whole context of criminal trial. Different from the discussion in philosophy, the terms "fact" and "law" as well as the classification of them are of authority defining functions, which determines the limits of authority between people's assessors and judges and the authority between trial courts and review courts. Facts in criminal trial could be subdivided into constitutive facts and evidential facts, and even further into general facts and professional facts, which determine the authority limits between the court and the expert and that between ordinary witness and expert witness. In China's current judicial interpretation framework, the trial courts and the Supreme Court share the authority of concrete and abstract interpretation. To solve the difficulty of classification, a pragmatic approach may be, to take China's realities into consideration, taking the basic semantics as basis and introducing functionalist policy consideration as modification.

Key Words: Factual Issues; Legal Issues; Assessor System; Judicial Hierarchy System; Determination of Authority Limits

(责任编辑:刘哲玮)