



美国律师协会资助项目

刑事二审开庭程序研究

Research on Court Hearings in Criminal Trials in the Second Instance

陈卫东
主编

中国政法大学出版社



美国律师协会资助项目

刑事二审开庭程序研究

Research on Court Hearings in Criminal Trials
in the Second Instance

主 编 陈卫东

撰稿人 虞 平 高进仁 陶 杨

程 捷 刘中琦 刘 文

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事二审开庭程序研究 / 陈卫东主编 — 北京: 中国政法大学出版社,
2008.6

ISBN 978-7-5620-3228-1

I. 刑... II. 陈... III. 刑事诉讼-审判-诉讼程序-研究-中国
IV. D925.218.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第07195号

- | | |
|------|--|
| 书 名 | 刑事二审开庭程序研究 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32 开本 13.75 印张 380 千字 |
| 版 本 | 2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3228-1/D · 3188 |
| 定 价 | 30.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

他 序

刑事诉讼程序是衡量现代法律和政治制度文明的一个基本标尺。如何在刑事侦查、起诉、审理以及上诉中对待不受社会欢迎的犯罪嫌疑人或者被告人是现代刑事司法制度需要深思熟虑的问题。经过过去 60 余年的努力，世界各国在联合国框架下确立了得到普遍认同的现代刑事司法的国际标准。根据这一标准，犯罪嫌疑人和被告人被赋予了广泛的权利，他们在没有被法庭定罪之前一律被视为无罪，并享有充分的辩护权，不受非法羁押和逮捕。他们有权亲自出庭应讯、聘请律师为其辩护，与不利的证人当庭对质。最终，他们是否有罪还需要得到一个独立的法庭审理来裁判，在被判有罪后，还可以得到一个高级的法院复审其案件。凡此种种的程序性保护不仅保证了被告人不受冤枉，而且更为重要的是增加了公众对法制的信心，从而也减少了执行刑事司法制度的社会成本。

这些在今天看来是显而易见的基本价值和规则花费了无数代人的辛勤努力才得以从法律上加以确定。然而，正如中国的古训所言：徒法不足以自行。即使在许多法治相对发达国家，我们还不能够想当然地认为上述刑事司法准则一定自动地得以实现。如果我们今天对所有国家的法律制度进行非常细致的实

2 刑事二审开庭程序研究

证研究,一定会发现还有很多存在于书面上的规章制度并不一定得到具体的贯彻和落实。以美国为例,法律帮助权(Right to Counsel)在200年以前通过联邦宪法第六修正案已经得到明确无误的确认,然而,落实这个权利则是近几十年的事情。^[1]而我们一直引以为豪的保护每个人不受任意逮捕和羁押的制度在最近几年也受到了严重的挑战,美国联邦最高法院正在通过一些案例试图在国家安全和个人权利之间取得平衡。^[2]

这种情形也毫不例外地发生在中国。直到最近几年,中国的学者通过广泛的调查才发现司法实践与很多规定在刑事诉讼法中的基本制度有很大的差距,上诉制度就是一例。中国的1996年修改的刑事诉讼法规定,对于刑事案件的上诉一般应当开庭审理,不开庭审理则是例外。^[3]然而事实正好相反,囿于各种因素,中国的各级法院对于普通的刑事案件上诉审理一般采用不开庭审理,包括最为重大的刑事案件,如死刑案件的二审也不例外,只有在极少数的案件中才会开庭审理(例如,检

[1] 美国联邦宪法第六修正案于1790年通过,但是直到1963年,联邦最高法院才通过 *Gideon v. Wainwright* (372 U. S. 335) 一案将法律帮助权确定为所有联邦和州刑事被告人的权利,即:在被告人无能力聘请律师的时候,国家必须为之提供免费的律师帮助。

[2] 9·11恐怖组织袭击纽约之后,美国行政当局试图在反恐的名义下限制某些犯罪嫌疑人的的人身权利,这对美国传统的价值观是一个挑战。所幸的是,美国最高法院已经驳回行政当局的某些要求,但是,人们仍旧对政府的某些做法有所担心。

[3] 《刑事诉讼法》第187条第1款规定:“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。”同时,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《刑诉解释》)第253条也规定:“对上诉案件,应当组成合议庭,开庭审理。”

察院抗诉案件)。这种做法实际上是通过司法实践修改了刑事诉讼法。该情形直到中国的最高人民法院于2005年宣布逐步收回对死刑案件终审权——死刑复核权,才引起领导层的关注。^{〔1〕}为了谨慎适用死刑,最高人民法院于2006年明确要求各省高级人民法院对死刑案件的二审审理一律采用开庭方式。^{〔2〕}从2006年7月1日开始,中国的高级人民法院对于所有的死刑二审案件采用开庭审理的方式,很大程度上提高了死刑案件审理的质量,也对刑事诉讼法有关刑事案件二审应当开庭原则进行了贯彻落实。但是,客观地说,实践中死刑案件以外的绝大多数刑事案件二审程序依然是所谓的“书面审理”。这种做法严重地挑战了二审应当开庭的基本刑事诉讼法原则,有待中国的学术界和司法界全面地研究和思考。

陈卫东教授领导的中国人民大学研究小组对于刑事审判的二审程序做了及时和相当综合的研究。2006年11月,他带领了一个庞大的研究队伍深入中国的十几个省份对刑事案件二审的现状做了深入的调查,为我们提供了一个很好的实证研究范例。他们的研究发现,中国刑事二审案件开庭率相当之低,在有些地方不开庭案件甚至达到90%以上,这与刑事诉讼法的规定正好相左。而不开庭的原因也是多种多样的,例如:法官人手不

〔1〕 参见《人民法院第二个五年改革纲要》。

〔2〕 2005年12月7日,最高人民法院发出《关于进一步做好死刑案件第二审开庭审理工作的通知》,要求各高级人民法院自2006年1月1日起,对案件重要事实和证据问题提出上诉的死刑第二审案件,一律开庭审理;并积极创造条件,在2006年下半年对所有死刑第二审案件实行开庭审理。

4 刑事二审开庭程序研究

够，经费匮乏，上诉审理期限压力等诸多客观因素。但是，不容忽视的是由于传统的“重实体、轻程序”的思想作祟，很多司法人员觉得开庭只是一个程序问题，只要法官能够注重实体问题，就不至于犯错误。在那些已经开庭审理的刑事二审案件中（多数是死刑案件和抗诉案件），法官们对于如何审理以及审理什么也存在着种种疑惑，各地的做法也大异其趣。其实，刑事二审程序中引起专家们兴趣的那些关键问题与一审程序有很多雷同的地方，譬如：二审中检察官的作用和地位、律师如何进行辩护以及如何阅卷等普遍性问题，尤为重要的是证人是否出庭问题。在中国的司法实践中，无论是一审还是二审，都存在着证人不能出庭的问题。据研究表明，证人出庭率可能不到5%。^{〔1〕}在现代刑事审判制度中，证人出庭是一个基本要求，联合国《公民权利和政治权利国际公约》也规定被告人有权要求证人出庭作证。^{〔2〕}这种情况下，一个合格的庭审自然要赋予被告人与证人对质的权利。同时，二审程序如何与一审相区别也是中国理论界和司法界所思考的问题。如传统的理论所坚持的那样，二审程序和一审程序承担的责任相同（对案件的事实和法律进行全面审查）或者至少是相似的话，那么中国要在司法上投入更多的资源，至少要大大增加二审法官的人数。但是，如果二审审查的内容有所限制，不完全与一审雷同，则需要一

〔1〕 参见陈光中、柯恩、陈泽宪、虞平编：《比较与借鉴：从各国经验看中国刑事诉讼法改革路径》，中国政法大学出版社2007年版，第361~380页。

〔2〕 《公约》第14条规定：“（被告人有权）讯问或业已讯问对他不利的证人，并使对他有利的证人在与对他不利的证人相同的条件下出庭和接受讯问。”

个合理的设计，既保护被告人的合法权利，又不至于导致司法资源的浪费。

陈卫东教授团队的发现有另外一个重要的作用：对最高人民法院正在进行的死刑审判改革做了一个较为全面的早期检视。他发现死刑案件二审完全实现了开庭审理，并且这些改革受到当地领导的有力支持，这也从侧面反映了中国司法改革的实现与各级政府部门的支持是密不可分的。例如，各地政府为保证死刑案件的开庭提供了有力的财政支持，给高级人民法院配备了必不可少的交通工具以及人员编制。当然，这也暴露了另外一个隐忧，法院系统在多大程度上应该获得独立的财政预算才能保证所有刑事二审案件的审理能够按照刑事诉讼法的要求做到完全的开庭？我个人希望他们的这种研究能够继续下去，更好地配合中国的司法改革。

本书的出版不仅建立在上述实证研究基础之上，而且还反映了中国学者对刑事上诉制度的最新研究成果。为了能够增加对上诉制度的深入了解，我的纽约大学同事虞平教授为本书撰写了专门章节详细介绍美国的刑事上诉审制度，以期为读者理解不同国家刑事司法制度在上诉审方面的设计提供方便。可以肯定，作者的精心设计和安排一定会达到应有的效果。

摆在中国司法改革者面前的问题是史无前例的。随着经济的高速发展，中国领导人已经作出很多明智的政治性决策，包括促进社会和谐和平衡发展，法治社会的建立理应也是一个重要的制度性建设。虽然还有种种挫折和不尽如人意的地方，我

们欣喜地看到中国在司法改革的道路上还是坚定不移的。我个人坚信，在不久的将来，中国的刑事司法制度一定能够以自己的方式不断完善，最终与世界各国一样殊途同归，达到一个新的水平。

作为研究中国法律的老兵和外国法律专家，我对中国同行们心存极大的羡慕。因为他们在中国的法律改革中起着非常重要的作用。我经常和中国的同事们提及，在很多国家，包括美国，法律教授的作用是相当有限的，中国则不同，我们看到的很多立法和司法改革均凝聚着学者们的心血，这也从侧面反映出中国立法和司法机构的开放程度。我们衷心希望中国的学界同仁们能够在未来的立法和司法改革中发挥更大的作用。

最后，我谨代表纽约大学和美国律师协会（American Bar Association）的同仁们，对陈卫东教授以及他的团队能够在短短的时间内对中国刑事二审程序作出这样杰出的研究表示祝贺，并希望这个研究能够得到有关部门的关注，对中国如火如荼的司法改革有重大的贡献。同时，我也感谢他邀请纽约大学和美国律师协会参与对这个问题的研究和讨论，并一如既往地衷心祝愿中美法律交流与合作更加顺畅地进行下去。

杰罗姆·柯恩*

2007年12月

* Jerome A. Cohen, 美国纽约大学法学院教授、亚美法研究所共同主任、美国外交关系理事会高级兼职研究员。

自序

在我国当下的刑事司法实践中，纸面上的法与行动中的法往往呈现一种悖反的状态。刑事二审开庭程序在实践中的运作就是对这一判断的一个恰当诠释。我国 1979 年刑事诉讼法对二审法院的审理方式没有做出具体明确的规定，司法实践中对于如何审理二审案件也做法不一，总体说来，除对少数案件采取开庭审理以外，大多数案件都是以不开庭方式审结的。1996 年刑事诉讼法对二审法院的审理方式做出规定，原则上要求以开庭方式审理二审案件。然而，通过十年来的司法实践，我们发现，刑事诉讼法关于二审审理方式的规定并没有得到有效贯彻，不开庭审理成为二审的通例，开庭审理则成为一种例外。这一悖反现象显然违反了立法旨意，无论是学术界还是司法实务界对此都有深刻的体察。

通过开庭审理二审案件所存在的积极意义，司法实务界亦有充分的认识，最高人民法院于 1999 年 10 月 20 日发布的《人民法院五年改革纲要》明确规定：“对第二审案件除依法可以不开庭审理的以外，应当做到开庭审理，公开宣判；对于死刑二审案件，上诉人对第一审认定的事实、证据提出异议，或提出新的事实、证据，或社会影响较大的，应当依法开庭审理。”

2005年12月7日，最高人民法院发布《关于进一步做好死刑第二审案件开庭审理工作的通知》，要求自2006年1月1日起，对案件重要事实和证据问题提出上诉的死刑第二审案件，一律开庭审理，并积极创造条件，在2006年下半年对所有死刑第二审案件实行开庭审理。基于此，2006年9月21日最高人民法院、最高人民检察院颁布了《关于死刑第二审案件开庭审理若干问题的规定（试行）》。上述规定的出台充分体现了司法实务部门对于二审开庭的重视程度。

尽管二审问题引起了司法实务界的高度重视，但长期以来的积习仍然使得二审开庭率不高。基于这样一种现状，学术界展开了诸多研究，并为二审程序改革建言献策，例如有学者从二审审理范围角度对二审全面审查进行全面检讨；有学者从二审处理结果上反思“发回重审”制度；有学者从审理方式的角度反思当下的二审审理所存在的问题，等等。从学者的研究中，我们发现学术界对于二审程序已经作出了诸多深刻论述，并且不乏真知灼见。然而，综观当下对于二审程序的研究，我们发现现有理论成果仍然没有跳出传统诉讼法学研究范式，即从规范研究入手，进而提出对策，将研究目的定位于提出立法改良建议上。我们并不否认此种研究之意义，但我们不得不承认传统的研究方式有简单化之嫌，并且理论对立法或实践的牵引力确实往往不如我们所预期的那么显著，同时这些立法改良建议是否就一定切中要害，有无一叶障目之虞也不无疑问。刑事二审是否开庭不仅仅是立法制度的问题，其牵扯面早已超出了制

度本身，受到诸多因素之影响。如主观认知条件，即法官对程序问题重要性的理解程度。从文化人类学角度来看，任何一种文明都含有技术、制度和思想文化这三个层面，在发生文明冲突与变迁的场合，这三个层次的惰性与抗变性依次增强，而对司法制度的重整与再生而言，思想文化的转变又是最根本的，因为即便将来改进了技术、革新了体制、完善了规范，若不能对法官思想观念与心理倾向予以矫正，定然是事倍功半的改革。因此如果研究仅仅局限于技术与制度层面，显然是不够的。另外，刑事二审开庭亦受到客观外围条件的制约，这又可分为制度性条件与非制度性条件，二审开庭离不开相关支撑制度的具备与互洽。有哪些制度需要设置，现有制度又有哪些需要与二审开庭磨合与调适，无疑需要通过深入实践来加以了解。此外，一些非制度条件，如经济发展水平、地理状况等也在不同程度上影响着制度的运作效果，应该说对于这些非制度条件，或许是不能借助于制度去直接拉动的，这种状况要求我们在制度设计时必须对相关社会条件是否平衡作理性判断。

基于上述考量，中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心在全国范围内对二审开庭程序进行实地调研，力图通过实地调研获得第一手的实证资料，以裨益于未来的立法与理论研究之精进。

调查研究作为社会科学研究的一种基本方法，必须符合科学研究的一些基本程序。也就是说，它是从理性认识出发，经由研究假设、经验观察、归纳概括或检验假设这几个阶段，再

返回到新的理性认识。其具体程序可以概括为：确定课题阶段、研究设计阶段、调查实施阶段、资料分析阶段、总结阶段五个主要步骤。

一、理论假设

根据专业经验，在调研以前，我们作了如下理论假设，以使我们的调研进程与效果能最大限度地合乎我们的预期：

第一，法官普遍存在着重实体、轻程序的倾向。我们认为，绝大多数法官尽管可能在理解上存在着不全面和不精确之处，但对刑事诉讼法的有关规定是熟悉的。只不过法官重实体、轻程序的心理比较突出，大部分法官更重视案件定性上的准确，虽然近年来他们也不得不表面上严守一些强制性的程序规则，却在潜意识中反感繁琐严格的诉讼程序对其手脚的束缚。如果泛泛而谈，他们都承认程序公正具有重要意义，但是给出一些具体情形，要求其判断是否应该开庭或者开庭审理与其他价值相冲突时，他们就可能作出相反的回答。

第二，不同级别的法院会对二审开庭的重视程度不同。从应然角度而言，法官的素质应与其所处法院的级别相匹配，因为级别越高，其与最高人民法院指导就越发紧密，在接受政策宣传上力度最大，同时其承担对下级法院业务指导工作也更多，因此其视野应更宽阔，程序意识更深刻；即便假设法官的程序意识都差别不大的前提下，受案压力与开庭重视度也会形成反比关系。大多数刑事案件第一审是由基层法院来进行审理的，

因此中级法院成为大多数案件的上诉法院，由于受案压力大，而且审判对象都是判处死刑以外的案件，使我们假设法院级别会影响对二审开庭的重视程度。

第三，法院所在地区会影响二审开庭的比例。现阶段我国地域差距仍然相当明显，一方面大城市无疑是国家或区域内的经济、政治、文化中心，将来恐怕也是如此。按照经济基础决定上层建筑的原理，作为文明程度体现的程序意识在大城市，要较中小城市或边远城市更为深刻一些。同时，不同地域的地理条件、气候状况、人员构成、犯罪率等都在不同程度上制约着二审开庭的贯彻。

第四，现有外围制度不足以与二审开庭相配套。要改变一项不合理的做法，必须具备一系列的相关合理制度，否则，不仅无以实现二审开庭的预期效果，既有的“稳定有序”状态也要被打破。而目前我们所经常听闻的司法资源紧缺、证人不出庭、错案追究制等都与我们所期待的二审开庭不同程度上构成抵牾。我们认为，透过系统整体的视角，可以更好地拉近理论与实践间的差距，为未来整体修正刑事诉讼法提供参考。

二、研究框架

刑事二审开庭涉及多方面、多层次的问题，因此对于二审开庭的调研就应从不同层次、不同角度深入全面地提出相关问题，然后就各个问题相互协调解决作整体考察，纳入一个相对完整的框架中，同时，我们还应突出对死刑案件二审开庭的考

察，以为其他研究获取第一手材料，惟有如此，调研才不失为一次全面深入而有所突破的实证研究。因此，我们建立了以下研究框架：

首先，我们将调查对象分为死刑二审案件与一般刑事二审案件。其次，我们的调研分为四个板块展开：即概念理解、直觉判断、规范评价，这样做是为了展示职业法官对于二审开庭的心理倾向与认知程度。同时针对二审中的制度性层面与操作性层面，我们又在纵向上分为二审开庭准备状况、二审运作状况、二审开庭中制度配合状况等三个层面逐步展开分析。从而成为囊括观念、制度与技术三位一体的调研分析。最后，我们调查了法官们对未来二审审判方式的建议，希望能对司法实践者的心得与呼声起一些桥梁作用，以期沟通理论与实践间的隔阂。

本次调研我们分为填写问卷与深入访谈两种形式进行，问卷主要是针对职业法官所设计的，实行半封闭式问卷方式，即大部分问题是直接从选项中选择答案的，也有一部分问题可由法官在既有选项以外自行填写答案。在问卷设计上，是由中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心的 11 位参与调研的博士生在独立设计、集思广益的基础上汇总而成。有意识地针对法官的特点加大了“难度”与“深度”，使受访人员的回答不止于泛泛而谈。同时，为了弥补问卷形式在采集信息上可能存在的片面与误差，课题组要求参与调研的人员与受访单位的法官、检察官展开深入访谈，通过个别访谈的形式获取更进一步的

信息。

我们的调研主要属于抽样性调查中的非随机调查，也就是说，我们的调查地点与调查单位是我们在之前就确定联系好的，对于各个单位的法官而言，则属于一种偶遇抽样，这主要是受限于客观条件，从调研的便利以及根据我们的设想与经验去选择调研的城市与单位，有选择的抽取样本。非随机抽样较之以等概率抽取样本的随机抽样而言，总体代表性有所不足，误差的控制与估算也更为困难。但这也是大型社会项目调查中难以克服的困难。我们也充分考虑到了这个问题，因此在选取城市与单位上，将全国划分为华东、华北、华中、东北、华南、西南、西北等七个大区，从每个大区中选取三到四个城市，同时尽可能的保持不同经济发达程度的城市以及不同级别的法院、检察院之间的比例，尽最大可能保证了调研的代表性（调研地点包括黑龙江、吉林、山西、河北、云南、贵州、山东、浙江、江苏、广东、福建、湖南、新疆、河南等省或自治区）。

经过为期一个月的初期调研活动，各调研小组带回了大量的一手资料。通过后期对调研资料及相关未能纳入书面资料的各种信息的分析整理以及各小组成员之间充分地交流探讨，向项目组提交了《刑事二审开庭程序调研报告》。项目组围绕该调研报告及在各小组提出的在调研过程中所遇到的各种问题，对刑事二审开庭程序中的相关问题进行了更深入地研究，最终形成了本书的大致体例。

本书第一章、第二章为对刑事二审程序的比较法研究。正

如比较法学家 K. 茨威格特与 H. 克茨所言：比较法的研究方法有助于我们明确认识我们世界不同的社会、文化制度和改善国际的相互理解；对于发展中国家的法律改革，比较法研究是极有用的，通过比较法研究可以刺激本国法律秩序的不断的批判，这种批判对本国法的发展所作的贡献比局限在本国之内进行的“教条式的议论”要大得多。^{〔1〕} 在我们研究二审开庭程序问题时，采用比较式的研究方法能够开阔诉讼法学研究的视野，使我们能够在比较的基础上看到存在的差距和问题，同时通过这种比较引进和吸收先进的经验与成果，使得我们的理论与制度都会更具开放性和宽容性。有鉴于此，我们在第一章中依照国别对域外主要法治国家（英、美、德、法、日、俄）的刑事二审开庭程序进行比较法的考察，比较的角度主要集中于二审程序的管辖法院、二审程序的审理范围、二审程序的审理方式等几个方面。

第二章则为对第一章中对美国相关制度介绍的进一步补充，纽约大学法学院研究员虞平教授及法博士候选人高进仁（Seth Gurgel），通过对美国现行的刑事司法制度乃至法律制度的全面介绍，详细地向我们展现了美国刑事上诉制度的功能、美国上诉审简史、上诉法院构成及其程序、上诉审理的原则、上诉后的救济手段——人身保护令状等内容。美国刑事上诉制度中上

〔1〕 参见〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第23页。