



诉讼法文丛
廖永安 总主编

用程序写下正义

——刑事二审专题实证研究

李世锋 著

Writing Justice With Procedures

—— *The Empirical Study Subject
on Criminal Appeal Trial*



湘潭大学出版社



诉讼法文丛

廖永安 总主编

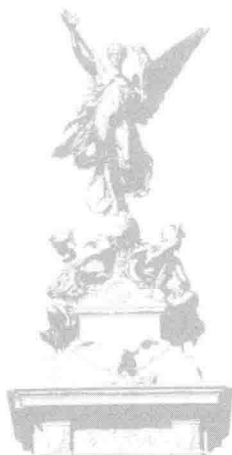
用程序写下正义

——刑事二审专题实证研究

李世锋 著

Writing Justice With Procedures

—— *The Empirical Study Subject
on Criminal Appeal Trial*



湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

用程序写下正义: 刑事二审专题实证研究 / 李世锋
著. —湘潭: 湘潭大学出版社, 2015. 12
ISBN 978-7-81128-906-0

I. ①用… II. ①李… III. ①刑事诉讼—审判—研究—中国 IV. ①D925.218.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015)第 314499 号

用程序写下正义: 刑事二审专题实证研究

李世锋 著

责任编辑: 刘文情

装帧设计: 黄 敏

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0731-58298966 邮编: 411105

网 址: <http://press.xtu.edu.cn>

印 刷: 长沙国防科大印刷厂

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 880×1230 1/32

印 张: 13

字 数: 324 千字

版 次: 2015 年 12 月第 1 版

印 次: 2015 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-81128-906-0

定 价: 34.00 元

(版权所有 严禁翻印)

《诉讼法文丛》编委会

顾问:何文燕 江必新 李交发 谢 勇

编委会主任:胡肖华

编委会委员:(按姓氏拼音排列)

陈 刚 郭树理 何文燕 洪永红 胡肖华 胡旭晟

胡军辉 黄明儒 倪洪涛 江必新 李伯超 李交发

李 蓉 李仕春 李喜莲 廖永安 刘海鸥 刘 丽

孙长永 王国征 吴 勇 谢 勇 杨 翔 张立平

张全民

总 主 编:廖永安

学术秘书:穆远征 黄艳好

湖南省 2011 协同创新中心
“法治湖南建设与区域社会治理”平台建设成果

总 序

(修订版)

改革开放以来,中国步入了社会全面转型的伟大时期。在此波澜壮阔的变革浪潮中,市场经济迅猛发展,民主法治不断提升,法学教育空前繁荣。与此相伴随,湘潭大学的法学教育在社会各界的精心呵护和大力支持下硕果累累,成绩斐然。湘潭大学法学院每上一个新台阶,可以说都离不开其优势学科——诉讼法学科的发展。湘潭大学诉讼法学科组建于1983年,在几代法律人的辛勤耕耘和不懈努力下,逐步培育并建设成为一个有明显优势和独特学术风格的重点学科,形成了特色鲜明、潜力巨大、结构合理的五个研究方向,即民事诉讼法学、刑事诉讼法学、行政诉讼法学、诉讼法律文化及ADR原理与实务研究。经过多年的学科建设、学术熏染与人才培养,该学科建设取得了社会公认的优异成绩,培养了大批杰出的法律人才,创造了诸多湖湘法学第一。

1993年,诉讼法学科获得硕士学位授予权,实现了湖南省法学硕士学位授权点零的突破,同年诉讼法学科又被确定为湖南省第一批法学类重点学科;2003年,诉讼法学科获得博士学位授予权,成为湖南省第一个法学类博士学位授权点;2005年,以诉讼法学科成员为主体的法学团队斩获国家教学成果奖,再一次实现了湖南省法学类国家级教学成果奖零的突破;同时,诉讼法学科的特色课程“诉讼证据法学”被教育部确立为国家精品课程,并成为湖

南省首门法学类国家级精品课程,2012年“诉讼证据法学”再次被确认为国家精品资源共享课程;2007年,法学博士后科研流动站获批,再次实现了湖南省法学博士后科研流动站零的突破,为诉讼法学的全面科学发展再注新平台,再注新活力;2008年,诉讼法研究中心获批湖南省教育厅普通高等学校社会科学重点研究基地;2009年,以诉讼法学科为主体与湖南省人民检察院共建湖南省检察理论研究基地;2011年,以诉讼法学科为主体与湖南省司法厅共同组建成立“湖南省调解理论与人才培训中心”,2014年该中心成功获批湖南省委宣传部人文社科重点研究基地,2015年湘潭大学依托该中心成功跻身于中国仲裁法学研究会牵头组建的“非诉讼纠纷解决机制(ADR)研究方阵”;2014年,以湘潭大学为牵头单位组建的“法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心”被正式认定为省级2011协同创新中心。长期以来,诉讼法学科注重诉讼法律人才和非诉法律人才的培养。依托上述丰富的学术资源和各种颇具特色的学术平台,湘潭大学诉讼法学人才的培养质量多年来稳居全国前茅,为国家程序法治建设输送了大批研究型和实践性的高素质人才,并为我国法治人才队伍建设作出了杰出贡献。

居安思危是胸怀,乘胜追击是勇气。为了促进诉讼法学科进一步发展,我们决定以湘潭大学法学院在职教师和博士研究生为主体,同时以虚心学习、海纳百川之态,向国内外专家、学者和实务精英开放,共同选辑,出版一套高水平、高质量的“诉讼法文丛”。“诉讼法文丛”曾由中国法制出版社出版发行,2003年至2008年共出版了专著8部。2009年转由湘潭大学出版社组织骨干力量负责本套丛书的编辑、出版工作。2009年至今,我们已经出版了高水平专著10部。“诉讼法文丛”是一个长期的学术出版计划,将作为湘潭大学诉讼法学科发展的见证一直延续。它不以编辑出版固定册数为目标,而是追求精品,选用成熟且符合条件的著作,

力求成为国内外一流的诉讼法文丛智库。

改版后的文丛由湘潭大学博士生导师胡肖华教授担任编委会主任,湘潭大学何文燕教授、最高人民法院副院长江必新教授、湘潭大学李交发教授、湖南省人大常委会副主任谢勇教授担任文丛顾问,湘潭大学副校长、诉讼法博士点负责人、诉讼法研究中心主任廖永安教授担任总主编。

诉讼法的学理精深浩瀚,非长久时日之浸润,难得窥见其奥秘。我们期望通过这套文丛的出版,为社会贡献一批有分量的诉讼法学作品,提升学科的地位、品格和内涵,吸引更多的法律人才致力于诉讼法学研究,从而促进我国诉讼法学的振兴、繁荣和法治建设的更大发展。我们更期望通过这套文丛的出版展现湘潭大学诉讼法学的整体学术风貌和全新的学科特色,让社会和学界更多地了解湘潭大学法学院,了解湘潭大学法学院诉讼法学科,并以此感谢所有支持和关心湘潭大学法学院发展的各界同仁。

廖永安

2016年1月28日

目 录

绪论	1
第一章 刑事二审程序研究	13
第一节 理论考察：刑事二审程序的价值与模式	14
一、入手：刑事二审的价值解读	14
二、拓展：域外上诉审构造解析	22
第二节 现实考察：刑事二审程序运行的状况与悖问 ...	32
一、深入：社会大众的基本感受	32
二、探究：刑事二审的运行现状	40
三、困惑：案件审理的现实悖问	56
第三节 机制考察：刑事二审程序设置的不足与改革 ...	73
一、实践：刑事二审程序的实务划分	73
二、总结：刑事二审程序设置的不足	78
三、设想：刑事二审程序的机制改革	89
第二章 刑事二审承办法官的审判行为研究	94
第一节 机制与影响：审判行为的要素与解读	95
一、时空要素	96
二、个体要素	97
三、利益要素	97

四、群体要素	98
第二节 考察与分析：审判行为的运行与质疑	99
一、感性与把握：阅卷行为的运行与质疑	99
二、理性与衡量：论证行为的运行与质疑	102
三、自由与规则：裁量行为的运行与质疑	106
四、说明与论理：制作行为的运行与质疑	112
第三节 歧路与失守：审判行为的异变与原因	117
一、扩张性的异化	117
二、消极性的异化	120
第四节 规范与规制：审判行为的完善与路径	123
一、审判行为的协调	123
二、审判行为的保障	124
三、审判行为的限制	125
四、审判行为的监督	126
 第三章 刑事二审庭审研究	129
第一节 比较与对照：庭审的基本范式	130
一、比较：域外一审庭审的差异	130
二、鉴别：域外上诉审庭审的差别	136
三、对照：我国刑事二审庭审的特性	138
第二节 考察与总结：庭审的实例运作	141
一、调查：庭审阶段的分析	142
二、听辨：庭审阶段划分的异议	155
三、归纳：庭审运作的缺陷	159
第三节 专业与规范：庭审的语言纬度	161
一、价值：庭审用语的专业化	162
二、规则：庭审用语的种类	166
三、规范：庭审用语的使用	172

第四节 运行与质疑：庭审的证据调查·····	176
一、不一样的设置：举证单边化·····	177
二、不一样的程序：质证形式化·····	181
三、不一样的确认：认证虚无化·····	187
四、不一样的态度：非法证据排除的软化·····	190
第五节 传播与公正：庭审的网络直播·····	202
一、优点：庭审网络直播的特性·····	203
二、问题：庭审网络直播的风险·····	205
三、完善：庭审网络直播的规制·····	209
 第四章 刑事二审书面审理研究 ·····	215
第一节 存在之思：书面审理存续的原因·····	216
一、优势：书面审理的运作特点·····	216
二、析理：书面审理存在的原因·····	220
第二节 运行之思：书面审理的迷途·····	226
一、反思：书面审理实践上的困惑·····	227
二、质疑：书面审理理论上的背离·····	238
第三节 重构之思：书面审理的构造·····	245
一、借鉴：书面审理的域外经验·····	245
二、改造：书面审理的改革走向·····	251
 第五章 附带民事诉讼研究 ·····	263
第一节 理念上的解读：附带民事诉讼的演进与争议 ·····	264
一、附带民事诉讼的渊源演进·····	264
二、附带民事诉讼的价值蕴含·····	267
三、附带民事诉讼的存废争议·····	272
四、附带民事诉讼的域外经验·····	276

第二节 实践上的表症：附带民事诉讼的困境与迷途	
.....	279
一、运行上的消极与有限	280
二、程序上的随意与无序	284
三、处理上的无规与任意	289
四、二审上的重复与软弱	298
第三节 现实上的尝试：附带民事诉讼的改革与现状	
.....	300
一、推行附带民事诉讼单独提起民事诉讼的改革尝试	
.....	301
二、推行附带民事诉讼调解制度的改革尝试	301
三、推行被害人国家救助机制的改革尝试	303
第四节 制度上的路径：附带民事诉讼的构建与完善	
.....	304
一、诉讼提起原则	304
二、当事人确立原则	304
三、举证时限原则	305
四、程序选择原则	305
五、庭审操作原则	306
六、依法赔偿原则	307
七、缺席裁判原则	308
八、赔偿与刑罚协调原则	309
 第六章 刑事二审结案方式研究	 310
第一节 结案方式考量的因素	311
一、机理：案件因素之变	311
二、异化：外界因素之变	331
三、定量：主观因素之变	341

第二节 维持原判背后的隐忧·····	344
一、现实：理念冲突的平衡·····	345
二、迷途：维持原判的困惑·····	351
三、后果：维持背后的效应·····	354
四、改革：维持原判的例外·····	360
第三节 发回重审制度的规制·····	362
一、多变：发回重审的现象·····	363
二、暗门：发回重审的原因·····	370
三、规制：发回重审的改进·····	377
主要参考文献·····	386
后记·····	393

绪 论

程序是法律的生命形式，失去了程序，法律就失去了生命。离开了程序也就没有法律制度可言。我国刑事诉讼实行两审终审制，刑事二审程序，又叫上诉程序。它是指二审法院根据当事人的上诉或者人民检察院的抗诉，对下一级人民法院尚未发生法律效力的一审判决或裁定，在认定事实上和适用法律上是否正确，进行全面审查的审判活动。^①我国刑事二审程序往往担负着权利救济与审判监督的双重职能，在整个刑事诉讼体系中有着举足轻重的地位。它不仅实际影响与制约着一审功能的发挥，也制约着审判监督程序启动与否。从整个刑事诉讼体系上而言，显然有着极其重要的地位和作用。

当前刑事诉讼法及其司法解释^②相继颁布实施，为新时期人民法院的刑事审判工作带来了新的契机，也带来了新的任务和新的挑战。二审法官如何审理二审案件，是历史和法律赋予我们的时代重任，是不容推卸与懈怠的。然而，“纸面上的法律与行动中的法律往往呈现一种悖反的状态”，故仅仅根据法律规定，难以真正使公正公平予以彰现。法律是经验与理性的统一，怎样依

^① 陈卫东著：《刑事二审程序论》，中国方正出版社1997年版，第2页。

^② 为了论述的便利，除了有特别标注外，本书中将《中华人民共和国刑事诉讼法》统一简称为刑事诉讼法；将《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》统一简称为刑事诉讼法解释。在后面章节中不再重复说明。

据法律,结合审判实践经验审理好二审案件?怎样使刑事二审程序真正发挥二审功能和作用,需要法官严格遵守法律、运用法律,更需要程序的正当性和合理性。笔者研究本专题的目的,就是总结多年审判的心得,集中归纳实践中存在的一些误区,试图通过法官与社会各界的努力,让二审程序的每一个环节都充满正义,都是公平、公正的保障,都是公平、正义的应有归宿。

一、研究的概说与意义

二审功能的发挥受制于整个诉讼程序的设置和相关制度的配套,若仅仅只有程序性的原则规定,难以使程序在实践中有效地运行,也无法将程序正义彰显。如非法证据排除程序,在实践中遭到诉讼体制与诉讼传统的制约,导致非法证据排除程序运行困难重重。程序正义的维护,需要程序性法律的完善和完备,但是目前我国刑事诉讼法律对相关程序性事项如何解决根本没有相应的规定,导致整个刑事诉讼程序中遗留的矛盾与问题集中在二审法院;而二审法院鉴于程序规定的缺乏,也根本无法解决诉讼积累下来的种种问题,从而使我国二审功能的发挥大打折扣,二审法院不得不对许多程序性违法问题,特别是公安、检察阶段存在的程序问题,生生予以漠视。二审审理方式、结案方式在实务中依靠法官的具体推进和实际把握,因此承办法官的作用在二审中不容忽视,人永远是主要的和关键的要素。然而,二审法官的具体审理和结案又往往受到各种社会因素与机制的影响,法官无法单纯、机械地就法律办案。目前,刑事二审案件大多适用书面审理,开庭审理并没有全面推开。因此,书面审理与开庭审理是二审程序中均不可偏废的重要审理方式。但不可否认,不管是书面审理,还是开庭审理,其实际运行效果与作用并没有想像中的满意和顺利,因此受到社会各界的质疑。刑事附带民事诉讼虽然是一种附带刑事诉讼中的特殊诉讼,然而其审理结果与刑事案件相

关联，并事实上影响与制约着刑事案件的审理，影响着法律效果与社会效果的发挥。因此，刑事附带民事诉讼在当前具有不可替代的地位。

纵观刑事诉讼法及其司法解释对二审程序的法律规定和刑事二审程序实践运行的情况，我国刑事二审程序明显呈现职权性、全面性和书面性的特征。二审法官由庭内延伸到庭外的证据调查方式，充分体现了二审程序职权主义的特点。按照刑事诉讼的规定，二审审理范围不受上诉、抗诉范围的限制，因此，二审审理范围也具有当然的全面性。由于受我国传统诉讼制度和国情的影响，刑事二审审理没有实施直接言词审理原则，仍然主要采用以审查书面证据材料的方式进行二审审理，一方面二审法院重视书面审理，实施言词性开庭审理的少；另一方面二审中证人、鉴定人出庭作证的少，法官对证言的采纳主要依据和依重的是书面材料。

二审程序与一审程序相比虽然皆为普通程序，但并非所有的一审刑事案件都能进入二审程序。我国刑事案件的上诉和抗诉，刑事诉讼法没有规定特定的上诉理由和条件，只要当事人对一审法院的裁判不服或者人民检察院认为一审判决有错误，就可以提出上诉或抗诉，二审程序就必然要启动。因此相对域外上诉制度而言，我国的二审制度是宽泛型和非限制型的上诉制度。从二审法院的审理对象看，二审法院审理的案件是一审法院已审理的案件，审理遵循的程序也大体与一审程序相同。并且在二审程序中实行的是全面审理的原则，从审理的对象、内容和程序，二审显然是一审程序的补充或重新审理。针对刑事二审程序设置原则和运行状况，学者从诉讼程序相关制度和原则出发，提出了不同意见和看法。实务部门的人员也对二审程序的实际运行提出质疑，导致二审程序在实践中遭遇一些变通或者异化。裁判权威始终是司法不变的追求和生命，没有权威的裁判毁坏的不仅仅是法院本

身，也是法治本身。在实行二审终审制的国家，上诉案件经由二审程序审理后，应当即为生效裁判，其审理结果具有终局性。当事人和检察机关不得对二审裁判再提起上诉或者抗诉。但是我国为了尽可能防止错案的发生，二审终局性并非绝对。在符合法定理由的情况下，当事人、检察机关和法院仍然可以通过审判监督程序，对错误的二审裁判进行纠正。因此，目前我国的二审裁判效力时刻面临再审的挑战，其裁判的终局效力只是暂时的或者是相对而言的。二审法院对上诉、抗诉案件进行审理后作出维持原判、改判或者发回重审的裁判，不言而喻是对一审裁判的又一次检验。然而现实中，不管是实务界，还是理论界，对上诉不加刑、发回重审制度产生了诸多争议，许多学者也提出了一些完善的建议和措施。而实务中执行法律的法官坚守法律的贯彻与实施，却是一条不变的真理。因此，美好的制度的构想，有时往往寄托在未来或者仅仅限于理论的建构中。

按照现行刑事诉讼法的规定，刑事二审程序不包括死刑复核程序、法定刑以下判处刑罚的核定程序和其他下级法院申请上级法院复议的相关程序。虽然上述案件经一审法院判决后，在没有上诉和抗诉的情况下，均要呈报一审法院所在的上级法院，即二审法院复核，但是两者的审理程序、启动方式、处理方式和裁判的效力不一样，两者存在的目的和任务也不同，因此这些案件并非属于二审案件。根据《刑事诉讼法》第236条规定：“中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉的，应当由高级人民法院复核后，报请最高人民法院核准。高级人民法院不同意判处死刑的，可以提审或者发回重新审判。高级人民法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的，和判处死刑的第二审案件，都应当报请最高人民法院核准。”在法定刑以下量刑的核准程序，则依据的是《刑事诉讼法解释》第336条第（一）、（二）项规定：“被告人未上诉、人民检察院未抗诉的，在上诉、抗诉期满后三