

我国刑事诉讼第二审程序论

孙 飞 著



群众出版社

我国刑事诉讼第二审程序论

孙 飞 著

群 众 出 版 社

一九八六年·北京

我国刑事诉讼第二审程序论

孙 飞 著

群众出版社出版 新华书店北京发行所发行

天津新华印刷四厂印刷

787×1092毫米 32开本 9.5印张 199千字

1986年5月第1版 1986年5月第1次印刷

统一书号：6067·229 定价：1.80元

印数：0001—8000册

序

这是一本研究我国刑事诉讼第二审程序问题的专著。我国刑事诉讼实行两审终审制，刑事诉讼法以专章规定了第二审程序。作为刑事审判的重要组成部分，第二审程序在我国刑事诉讼中担负着重要的任务，发挥着对一审裁判监督、审查、把关、补救、纠错的重要作用。建国以来，尤其是刑事诉讼法颁行以来，国内刑事诉讼法学界对第二审程序进行了一些研究，也取得了一些成果，但总的来看还是很不够的。

据我所知，在目前国内，除了各种版本的刑事诉讼教科书按照刑事诉讼法的体系对第二审程序作了一般性的论述以外，尚无一本研究第二审程序的专著出版，只是在1957年中国人民大学出版社出版过苏联学者格罗津斯基的《苏维埃刑事诉讼中的上诉审和监督审程序》的中译本，在各种法学报刊上发表的研究第二审程序的论文也不多。应当说，这种情况是很难令人满意的。本书作者试图在以往研究成果的基础上，对第二审程序所涉及的问题作进一步的、尽可能系统而全面的研讨，以期抛砖引玉，对第二审程序的理论研究以及第二审的司法实践都有所裨益。作者曾和我谈到，我们不仅应当解释我国现行的某一法律“是”什么样的，而且应当研究该法律“应当是”什么样的。我是赞成他的这一观点的。本书也体现了作者的这一观点。作者不仅从学理上解释了现行的刑事诉讼法关于第二审程序的规定“是”什么样的，而且在很多问题上研究了第二审程序“应当是”什么样

的，提出了自己的看法。我认为，这样做有助于刑事诉讼法学的发展，有助于整个法学研究的发展。所以，我很高兴地看到这本专著的出版，并愿意把它推荐给各地政法院系师生、法学研究工作者和广大的司法工作者。

吴 磊

1985年1月于

中国人民大学

目 录

第一章 绪论	(1)
一 概念和实质.....	(1)
二 历史和现状.....	(3)
第二章 第二审程序在刑事诉讼中的地位 and 意义	(18)
一 我国刑事诉讼中的裁判审查阶段.....	(18)
二 第二审在我国刑事诉讼和裁判审查阶段的地位.....	(20)
(一) 第二审的哲学基础和认识论根据.....	(20)
(二) 第二审是社会主义法律统一实施的需 要.....	(31)
(三) 第二审是对当事人合理要求的满足.....	(34)
(四) 第二审程序的基本特点.....	(38)
(五) 第二审程序的任务和作用.....	(40)
第三章 第二审程序的提起	(45)
一 上诉和抗诉的概念.....	(45)
(一) 上诉概念.....	(45)
(二) 抗诉概念.....	(46)
(三) 上诉和抗诉的效力.....	(49)
二 保障上诉权原则.....	(50)
三 上诉的提起.....	(70)
(一) 有权提起上诉的人.....	(70)

(二) 提起上诉的期限·····	(89)
(三) 提起上诉的方式·····	(104)
(四) 提起上诉的理由·····	(111)
四 抗诉的提起·····	(113)
(一) 有权提起抗诉的机关·····	(113)
(二) 提起抗诉的期限·····	(114)
(三) 提起抗诉的方式·····	(115)
(四) 提起抗诉的理由·····	(116)
五 对一审裁定的上诉和抗诉问题·····	(119)
六 上诉、抗诉案件向上一级法院的移送·····	(131)
(一) 上诉案件的移送·····	(131)
(二) 抗诉案件的移送·····	(133)
第四章 第二审的审理 ·····	(135)
一 第二审的诉讼客体和审理对象问题·····	(135)
二 全面审查原则·····	(137)
三 第二审的审理方式问题·····	(147)
四 充分发挥二审合议庭的集体作用·····	(161)
五 二审的公开审判问题·····	(164)
六 第二审直接审理程序的若干特点·····	(165)
(一) 审判组织的强化·····	(166)
(二) 书面审查、庭外调查和开庭审理的 三级层次结构·····	(168)
(三) 全面审查与重点审查相结合·····	(171)
(四) 对控诉、辩护理由(包括抗诉、上诉 理由)的审查与对一审裁判的审查相 结合·····	(175)

(五) 对一审裁判的审查与对一审合议庭评议记录、审判委员会讨论案件的记录的审查相结合·····	(177)
(六) 对案件客观真实的探求与对原审裁判的审查相结合·····	(179)
(七) 对认定事实的审查与对适用法律的审查相结合·····	(179)
(八) 对原审认定的事实的审查与对新发现的事实审查相结合·····	(183)
(九) 对案件实体的审查与对诉讼程序的审查相结合·····	(185)
七 检察人员在二审法庭上的任务和法律地位问题·····	(187)
八 被告人在二审中的法律地位·····	(198)
九 二审中的辩护问题·····	(199)
第五章 第二审的审理结果·····	(207)
一 实事求是、有错必纠原则·····	(207)
二 第二审的审理结果·····	(223)
(一) 驳回上诉或者抗诉, 维持原判·····	(224)
(二) 二审法院直接改判·····	(229)
(三) 上诉不加刑原则·····	(234)
(四) 二审法院变更控诉的若干问题·····	(256)
(五) 撤销原判, 发回原审法院重新审理·····	(262)
(六) 二审法院终止审理并撤销案件的可行性和必要性·····	(271)
(七) 二审法院中止审理的理由·····	(272)

(八) 二审法院发现原审法院对该案无管辖权时当如何处理·····	(272)
(九) 在二审过程中上诉人主动撤回上诉、检察院主动撤回抗诉, 二审法院应如何处理·····	(272)
(十) 二审案件的审理期限问题·····	(274)
第六章 第二审程序中的其它问题·····	(277)
一 关于附带民事诉讼案件的二审·····	(277)
二 关于自诉案件的二审·····	(281)
结束语 ·····	(288)
附: 主要参考书目·····	(289)

第一章 绪 论

一、概念和实质

第二审，又可称为上诉审，即上一级审判机关按照法律规定，根据在法定期限内当事人提起的上诉或原起诉机关提起的抗诉，对下一级审判机关审理完毕的案件及其所作的未生效裁判所进行的重新审理。

显然，级别式司法机关的存在是第二审得以进行的前提之一。所谓级别式司法机关的存在，就是指国家的司法权由上下级司法机关分别行使。这种情况在国家与法形成的初期就已经出现了。古代西亚幼发拉底河和底格里斯河两河流域是最早形成国家和法的地区之一。在两河流域的埃什嫩那国王俾拉拉马的法典（约公元前二十世纪）第48条规定：“关于……从三分之二明那至一明那，应当给他解决诉讼案件；至于有关生命问题，则仅能由国王解决之”。^①这大约是当时地方公社长老的法庭和国王对于案件管辖的界限，也说明了当时国家的司法权已经是分级行使了。这样，就使得第二审的进行有了组织上的可能。

历史上任何一个统治阶级制定法律的目的，都是为了通过对该法律的实施和适用，来实现上升为国家意志的统治阶级意志，维护统治阶级的利益和统治秩序。那么，司法机

① 《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年版，第9页。

关能否准确地实施和适用法律？能否在司法上完全符合统治阶级的需要？这是统治阶级及其首脑所关心的。列宁指出：

“一般是用什么来保证法律的实行呢？第一、对法律的实行加以监督。第二、对不执行法律的加以惩办。”^①由于上级权力机关一般来说比下列权力机关更有资格代表统治阶级的意志，所以，为了保证统治阶级意志的顺利实现，在存在着级别式司法机关的国家里，统治阶级都在法律中规定了或在司法实践中实行了上级司法机关对下级司法机关司法活动的领导、指导和监督。领导、指导和监督的方法是多种多样的，上级司法机关可以向下级司法机关下达关于如何适用法律的指令，可以提审和重审下级司法机关管辖的案件，可以撤销或改变它认为是错误的下级司法机关的裁判，等等。统治阶级通过其司法实践不难看出，对于下级司法机关作出的错误裁判，在其尚未生效、执行之时就通过一定的司法程序予以撤销或改变，比在其已经生效执行甚至执行完毕之后才去撤销或改变，要方便得多，对统治阶级也更为有利。于是，就产生了在必要情况下由上级司法机关对下级司法机关作出的一审案件未生效裁判的再次审查，这就是第二审。

从另一方面看，无论是在刑事诉讼还是在民事诉讼中，一方当事人的胜诉就意味着对方当事人败诉，所以，很难让双方当事人对于司法机关的一审裁判都感到满意。尤其是刑事诉讼，关系到被告人生命、自由、财产、荣誉的生杀予夺和原告人所受损失能否得到精神的、物质的补偿，所以，对一审裁判感到不满的当事人，往往要鸣冤叫屈，希望由更

^① 《列宁全集》第2卷，第253页。

权威、更能主持公平正义、更能明辨是非（当然，每个当事人对公平、正义、是非的理解并不相同，也不一定正确）的司法机关重新审理他的案件，以期得到一个对自己较为有利、使自己较为满意的裁判。犯罪心理学家写道：“认为刑罚过重或事实不符的被告人，在法庭宣判后，流露出不满情绪，……这类被告人多数都寄希望于上级法院能予以改判，减轻刑罚。”^①当事人的这种要求并未触犯统治阶级的根本利益，与统治阶级的由上级司法机关领导、指导和监督下级司法机关的要求并不矛盾，而且有某种程度的一致，于是，统治阶级便愿意提供一个法律救济手段来满足当事人的要求，上诉就是这样的法律救济手段。因为上诉具有引起第二审程序的法律效力，所以，第二审又被称为上诉审。

由此可见，统治阶级授权上级司法机关对下级司法机关的活动加以领导、指导和监督，与统治阶级向当事人提供的法律救济手段的有机结合，这就是第二审的实质。

二、历史和现状

在外国法制史上，从残留至今的最早的几部古代法典中可以看出当时已经存在着上诉制度的端倪。约公元前二十世纪的《中亚述法典》第二表第九条第二款规定：“这案件应由国家(?)的审判员进行审判。〔如果〕他(指被告人——本书作者注)向〔国王〕申诉，〔那末罪人应将〕他所偷的赃物，不论是少，或者是多，〔都按全部价〕格〔归还〕，而国王将加给〔他〕以任何〔处罚〕。”^②可见在当时，审判员对案件审理终结后，当事人还可以向国王申诉。虽然在

① 罗大华等著《犯罪心理学》，群众出版社1983年版，第118页。

② 《外国法制史资料选编》上册，北京大学出版社1982年版，第57页。

保存得相当完整的古巴比伦《汉穆拉比王法典》（约公元前十八世纪）中没有发现关于上诉制度的规定，但是，通过研究流传至今的汉穆拉比的诏令和铭文，学者们普遍认为，当时的司法实践中存在着上诉制度。苏联学者贾可诺夫和马加辛涅尔写道：当时，“一切案件的最高法官就是国王，对司法上的拖延习气、行政上的舞弊行为、行贿、拒绝裁判等等的申诉都是向他提起的；……一般说来，在判决不公或案件具有特殊意义的一切场合下，人们都求助于强大的国王，例如，向国王提出关于法官受贿的申诉。”^①我国的有关著作说得更为明确：“王国中国王拥有最高司法审判权，一切不服法院判决的当事人均可上诉至国王”。^②

我国夏代（约公元前二十一世纪——约公元前十六世纪）的法律没有流传下来，夏代的司法组织和诉讼程序究竟怎样，是否有近似上诉制度的内容也无可查考。商代（约公元前十六世纪——约公元前十一世纪）的法律也没有流传下来，但从古籍记载中可知，当时的商王既是国家元首、最高军事首领，又是最高的司法裁判者。《尚书·盘庚》中盘庚说：“矧予制乃短长之命”，“听予一人之所猷”，“惟予一人有佚罚”。商王盘庚的这段话说明了，在司法上，商王掌握着生杀予夺和决定诉讼胜败的大权。重大案件都由商王作最后裁决。商王之下的最高司法官是大司寇，下设正、史等司法官吏。主要记载商代制度的《礼记·王制》中有关于商代诉讼程序的记载：“成狱辞，史以狱成告于正，正听之；

① 《巴比伦皇帝哈谟拉比法典与古巴比伦法解说》，中国人民大学出版社1954年版，第155页。

② 陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第16页。

正以狱成告于大司寇，大司寇听之棘木之下；大司寇以狱之成告于王，王命三公参听之；三公以狱之成告于王，王三又（宥），然后制刑。”这说明当时已经有了逐级上报复审的制度，案件的审判结果要逐级上报复审，从史、正、大司寇、三公以至于王，然后才确定刑罚。西周（约公元前十一世纪——公元前770年）的诉讼制度比商代又有发展。周王仍是最高的司法裁判者，周王之下设有专理刑狱的司寇，司寇下设有士师、司刑，分别处理具体司法事务。地方的司法机关按照辖区大小、远近设有乡士、遂士、县士，受理辖区内的诉讼。《周礼·秋官》记载：“乡士掌国中，各掌其乡之民数而纠戒之。听其狱讼，察其辞，辨其狱讼，异其死刑之罪而要之。旬而职听于朝，司寇听之，断其狱，弊其讼于朝。群士、司刑皆在，各丽其法，以议狱讼。狱讼成，士师受中，协曰刑杀，肆之三日。若欲免之，则王会其朝。”该书还记载了遂士、县士的职责。遂士掌管城郊的狱讼，县士掌管四野的狱讼；乡士“旬而职听于朝”，遂士、县士则分别为二旬、三旬。根据上述记载可知，西周地方上的司法官吏乡士、遂士、县士，在各自的辖区内负责案件的一审；乡士每隔十天、遂士每隔二十天、县士每隔三十天，要将已审结的案件上报朝廷，由司寇复审；复审时，原审的士和司寇的属官司刑也参与审理；定案后，由士师执行。如果打算免予刑罚，则周王必须亲自参加复审。商、周时期的这种逐级上报复审的制度，已近似后来的上诉制度，其中当然也包括有当事人不服原审判决的上诉，但它主要是由各级司法机关依照法律规定自动进行的，所以，它还不能算是本来意义上的上诉制度。

公元前五世纪下半叶，古希腊的各个比较发达的城邦实行奴隶主民主政治。奴隶制民主制度的典型是雅典。古希腊著名思想家亚里士多德在其所著的《雅典政制》一书中详细记述了雅典的刑、民事审判程序和上诉制度。雅典最古老的司法机关是阿留帕克，稍后则有埃非特法院，梭伦改革时设立赫里埃（陪审法庭），后又建立四十人法庭；此外，还有主要审理民事案件的迪埃德特以及处理各类专门案件的专门法庭。赫里埃（有201个陪审官和401个陪审官之分）是各种刑、民事案件的上诉法院；当事人不服各种法院的一审判决，均可向赫里埃上诉。赫里埃的判决是最终裁决，不得再行控诉。^①

公元前449年，古罗马的第一部成文法《十二表法》颁布了。在该法典的第九表《公法》的第四条规定：“对刑事判决不服的，有权上告。”^②这是全世界保存至今的古代法典条文中最早的、也是最明确的关于上诉的条款。在罗马共和国时代，判处罗马公民死刑或肉刑的权力属于最高长官，首先是执政官。对他们的判决如有不服，可以向百人团议会提出上诉；但对狄克推多（独裁者）的判决不许上诉。在罗马帝国时期，一般行政官吏都兼任司法官，诉讼的审级管辖也按行政系统划分，所以上诉管辖机关多，而且没有审级的限制。所有民刑案件的当事人，凡不服判决的，应向原审法院声明，或者在判决后十天具状申诉，而且可以一直上诉到皇帝。后来，才逐步按行政系统和案件性质规定终审机关为皇帝和元老院，并明文规定不得上诉的案件（如缺席审判的

① 见《雅典政制》，商务印书馆1978年版，第55、56页。

② 周树等编写《罗马法》，群众出版社1983年版，第370页。

案件)。同时，为防止滥诉，还规定上诉人若败诉要科以被上诉人诉讼费用四倍的罚金，后又将罚金数额改由裁判官酌量决定。

1975年，在我国湖北省云梦县睡虎地一座秦墓中出土了秦代竹简一千余支，内容大部分是秦的法律及文书。它是我国迄今发现的最古老的内容比较系统，丰富的法律条文。根据考古发掘简报考证，墓主人死于秦始皇三十年（公元前217年）；分析简文，这批秦简所反映的时代是战国晚期到秦始皇刚刚统一中国之时。秦简中的条文，虽然不是秦律的全部，但保留了秦律的很多内容。其中的《法律答问》是刑律条文及其解释，还有一部分关于诉讼程序的说明。秦王朝建立了一整套在皇帝控制下的司法机关体系：廷尉是中央最高司法官，地方上司法机关与行政机关合二而一。随着郡县制度在全国的推行，地方司法机关也分为郡、县两级，郡守掌管一郡的行政和司法，县令（或县长）掌管一县的行政和司法，基层组织还有乡，乡里的诉讼案件，由“秩”或“啬夫”受理。乡不能决的案件，送县；县不能决的，报郡；郡不能决的，报中央廷尉；皇帝也直接审理重大案件。被告人被判刑后，如不服判决，可以请求再审，这种制度叫做“乞鞫”。“乞”者，请求，申请；鞫，鞫讯，审讯犯人之称也。秦简《法律答问》有：“以（已）乞鞫及为人乞鞫者，狱已断乃听，且未断犹听鞫（也）？狱断乃听之。”^①就是说，被告人自己要求重审以及为他人要求重审的，是在案件判决以后受理，还是在没有判决以前就受理？回答是：在案

① 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1978年版，第200—201页。

件判决以后再受理。这是目前所能见到的我国古代法律中最早的明确规定了上诉制度的条文。公元前213年，秦始皇正式颁行全国统一的法律令，云梦秦简律文无疑是统一的法律令的基础。史书记载表明，在新的法律令中仍然规定了“乞鞠”制度。据《史记·夏侯婴列传》记载，生于秦朝的汉高祖刘邦，年青时曾因开玩笑伤了夏侯婴，被人告发。由于他当时担任亭长，受到了加重处罚。刘邦对判决不服，“乞鞠”，说自己没有伤害夏侯婴，夏侯婴也为他作证开脱。后来案件重新审理，刘邦终于得以免罪。史记集解引邓展云：“律有故乞鞠，高祖自告不伤人。”这是秦时乞鞠的一个实例。《资治通鉴》卷七始皇帝三十四年（公元前213年）记载：“谪治狱吏不直及复狱故、失者，筑长城及处南越地。”就是说，把那些营私舞弊的狱吏和那些在重新审理案件时出于故意和过失造成错判的官吏发配去筑长城或贬到南越等边远之地。这也证明了秦有“复狱”，即重新审理的制度。

汉朝（公元前206年—公元220年）的司法机关基本上沿袭秦制，在中央为皇帝、廷尉，在地方则为州（东汉末年设置）、郡、县的行政长官。县为地方一审机关，上诉至郡、至州、至廷尉。当时的诉讼程序规定，宣判时要“读鞠”（念判决书和审判笔录）。乞鞠，也见于居延汉简。据《晋书·刑法志》可知，汉朝时被告人被判两岁刑以上的，不仅本人可以乞鞠，其家人也可以为之乞鞠。当时已经规定乞鞠必须在法定期间内进行。《周礼·秋官·朝士》郑玄注：“在期内者听，期外者不听，若今时徒论决满三月不得乞鞠。”这说明，汉律所规定的乞鞠期限为三个月。

三国两晋南北朝时期（公元220年—公元581年）的司法