

教育部
文社会科学重点研究基地基金资助

诉讼法学文库 XIV

总主编 樊崇义

XINGSHI
SHANGSU
CHENGXU
YANJIU

刑事 上诉 程序 研究

◎ 顾永忠 著

中国人民公安大学出版社

● 诉讼法学文库 (XIV)

刑事上诉程序研究

顾永忠 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑事上诉程序研究/顾永忠著. —北京:中国人民公安大学出版社, 2003. 10

(诉讼法学文库; 14/樊崇义总主编)

ISBN 7-81087-482-9

I. 刑... II. 顾... III. 刑事诉讼—上诉—诉讼程序—研究—中国 IV. D925.218.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 090883 号

刑事上诉程序研究

XINGSHI SHANGSU CHENGXU YANJIU

顾永忠 著

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:河北省抚宁县印刷厂

版 次:2003 年 10 月第 1 版

印 次:2003 年 10 月第 1 次印刷

印 张:8.75

开 本:880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数:200 千字

印 数:0001~3000 册

书 号:ISBN 7-81087-482-9/D·385

定 价:18.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83903254

版权所有 翻印必究

E-mail:cpep@public.bta.net.cn

《诉讼法学文库》编辑委员会

主 任:陈光中

副主任:樊崇义 杨荣新 应松年

编辑委员会委员:(按姓氏笔画排列)

马怀德 卞建林 江必新 李 浩 宋英辉

汪建成 陈光中 陈桂明 陈卫东 应松年

杨荣新 张树义 张卫平 樊崇义

主 编: 樊崇义

副主编: 宋英辉 马怀德

学术秘书:吴宏耀

电子邮箱:ssfxyj@sina.com.cn

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一,也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明,诉讼制度是否健全与完善,直接决定着实体法律的实际效力:没有相应的诉讼制度作为依托,实体权利只能是“镜中花、水中月”;没有完善的诉讼制度予以保障,实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是,诉讼法制的完善程度如何,还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度,是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家,诉讼制度作为法治的一个重要环节,受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到,“权利法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,为推进我国社会主义民主、法制建设,完善我国司法体制,提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念,并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下,通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径,通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正

^① 转引自季卫东著:《法律程序的意义》,载《比较法研究》总第25期。

实施,从而推进依法治国,加快社会主义民主与法制建设的步伐,已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建,与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中,在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理,才能构建较为完善的诉讼制度,才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时,对于人类经过长期的理论与实践探索获得的原理性认识,不能不予以重视,也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响,诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是:司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面,必须在宏观法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法制发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍,从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律,将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之,如

果不能正确把握诉讼原理,对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件,就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识,将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释,从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会,由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和,因此,对基本诉讼原理的认识,还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时,能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动公正进行,也必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得了一定的研究成果,这有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨,缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此,随着我国法制进程的推进,探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的国家重点学术研究机构,系2000年10月经教育部专家评审并批准的法学类六个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。

该中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授(博士研究生导师)担任,著名法学家陈光中教授(博士研究生导师)为名誉主任,著名民事诉讼法学专家杨荣新教授(博士研究生导师)担任中心顾问,知名中青年学者宋英辉教授(博士研究生导师)任中心常务副主任,知名中青年学者卞建林教授(博士研究生导师)、陈桂明教授(博士研究生导师)、马怀德教授(博士研究生导师)、张树义教授为兼职副主任。中心的学术研究的范围和布局涵盖整个诉讼法学,下设四个研究机构和研究方向:刑事诉讼法学研究室、民事诉讼法学研究室、行政诉讼法学研究室和证据法学研究室。中心研究内容、结构和研究人员的合理组合,乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。该中心在整体科研水平和参与重大决策的能力,以及科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面,均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求,该中心正以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和推动诉讼法学的发展,为建设全国一流,乃至世界一流的重点研究基地而努力拼搏!

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究,同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响,并对司法实际工作有所帮助,中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目,面向国内外专家、学者开放,凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著,以及对公安、司法工作有指导意义,对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

刑事上诉程序是刑事审判程序的重要组成部分,它担负着其

他审判程序不可替代的重要诉讼功能。虽然我国目前的理论和实务中都对刑事上诉程序有一定的认识,但是不够系统和深入,使刑事上诉程序因此而流于泛泛,不能真正起到应有的作用,从而影响到刑事审判程序公正和效率的实现。

《刑事上诉程序研究》从上诉程序的概念、功能等基本问题入手,系统地分析了上诉程序的启动、审理与裁判的过程,并在重新审视了我国的审级制度之后,提出了对我国现行审级制度的改革构想。全书资料丰富,论证有力,既有深刻的理论分析,又紧密联系司法实际,对我国刑事上诉程序的改革与完善以及刑事诉讼基本理论的深化都将具有非常重要的意义。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任

樊崇义

2003年8月于北京

前 言

本书由七章组成,前三章侧重从理论上分析、探讨刑事上诉程序的基本概念、特征、功能和一般原则、一般原理,后四章侧重从实务上分别以司法判决和裁定为对象,研究、论证第二审程序、第三审程序的启动、审理和裁判。全书旨在对刑事上诉程序从宏观上和比较的角度进行研究,探讨我国现行上诉程序存在的问题,提出并论证完善我国上诉程序的思路 and 具体设想。

第一章绪论,首先对“上诉程序”的概念、特征进行抽象和归纳,接着分析、提出上诉程序的诉讼功能,最后说明研究刑事上诉程序的意义。对“上诉程序”的概念,本书从广义上理解和界定,即不仅指由当事人提出的上诉程序,也包括由检控机关提出的抗诉程序。通过对为什么要设置上诉程序这一问题进行广泛、深入的分析,作者提出了上诉程序的功能:(1)针对初审裁判已然错误的纠错功能;(2)针对初审裁判未然错误的防错功能;(3)针对无错初审裁判提出上诉的安抚说服功能;(4)为使个案公正与整体公正相一致的统一法律适用功能。

第二章提出并论证上诉程序的五项原则:(1)确保司法公正原则,对司法公正在刑事诉讼中的涵义和要求进行定位后,着重分析、论述上诉程序较之于初审程序和其他救济程序在维护、实现司法公正中的特殊使命和作用;(2)提高审判效率原则,主要探讨审级制度的设置、上诉程序审理方式的选择和审理范围的确定与审

判效率的关系,主张把提高审判效率作为对上诉程序设计与改造的原则之一;(3)审级相互独立原则,认为审级相互独立是司法独立的应有之义,也是实现司法公正的必然要求;没有各审级的相互独立,上诉程序的设置毫无意义;(4)有限审查原则,通过从三个方面对全面审查原则与有限审查原则进行比较,说明有限审查原则优于全面审查原则,主张应当作为我国未来上诉程序的原则,并提出了与之配套的改革完善措施;(5)上诉不加刑原则,首先对上诉不加刑原则的由来、涵义及在我国的确立进行考察回顾,说明其在上诉程序中的历史地位;接着着重探讨上诉不加刑原则的法理根据,对“控审分离说”、“利益权衡说”、“控辩平衡说”三种主要观点进行剖析评述,指出它们并不互相排斥或对立,实际上共同构成了上诉不加刑原则的法理根据;最后结合我国的立法和司法实践,提出对我国上诉不加刑原则进行修改和完善的具体思路和意义,其中包括将上诉不加刑原则更名为“禁止不利变更原则”。

第三章基于对审级制度是上诉程序的载体这一认识前提,对审级制度从一般建构原理到在我国的具体重构展开研究。作者认为审级制度作为刑事诉讼中一项重要和基本的制度,其建立和运作应当遵循如下建构原理:(1)应当以维护司法的统一性和正确性为出发点和归宿;(2)应当与案件的多元化、本国的经济发展程度、本国的司法制度及其发展状况相适应;(3)应当有利于维护司法的终局性和权威性。以此为依据,作者对我国现行审级制度进行审视分析,指出在两审终审制下存在问题:(1)最高审判机关基本上失却了通过正常的审级制度和正常的审判活动对全国司法活动的统一性和正确性进行监督、协调的机会;(2)二审法院全面审查的职责与其审理方式不相适应,难以发挥立法者所期望的作用;(3)实际上存在着不具诉讼特征的变相的三审程序,即死刑复核程序;(4)审判监督程序对正常审级制度下的司法终局性形成严重冲

击。在此基础上,作者提出了重构我国审级制度的具体设想:(1)维持现行四级法院的等级结构不变,但应当与地方行政区划脱离;(2)以三审终审制取代两审终审制,将死刑复核程序纳入三审终审制中,其中第二审程序为事实和法律的混合审,第三审程序除死刑案件外为法律审。

第四章以初审判决为对象研讨第二审程序的启动问题。作者确认被告人及其法定代理人、自诉人和检察机关独立上诉权的同时,着重分析了辩护人、被告人的近亲属和被害人享有独立上诉权的利弊关系,认为他们不应享有独立的上诉权。同时结合国外的相关规定和我国存在的问题,从保障上诉权和有效发挥上诉程序功能的角度,对上诉权的行使提出以下完善主张:(1)对特定情形下发生的上诉期届满后提出的上诉予以准许;(2)对被害人及其法定代理人抗诉请求权与检察机关抗诉权相互期限的衔接和起算进行调整;(3)对在押被告人如何提出上诉予以保障;(4)对提出上诉的理由进行总结归纳并反映在立法上,在司法中逐渐从指导性过渡到强制性;(5)对上诉的放弃与撤回从保障上诉权的行使上理解和界定。

第五章系统研究第二审程序的审理和裁判问题。作者首先对当今世界最具代表性的日本、俄罗斯、法国、德国、美国等五国的二审程序审理方式进行系统考察,归纳出各国在二审程序的审理方式上具有以下共性:(1)除美国采用书面审理与口头辩论(或听证)相结合的方式外,其他国家不存在单纯的书面审理方式,一般都采用开庭审理方式,即使二审程序属于终审程序也是如此;(2)其他国家都不存在类似我国的做法,对检察机关提出的上诉法律要求必须开庭审理,而对其他上诉则可以灵活掌握,二审采取什么审理方式在立法上和司法上对检察机关和其他人提出的上诉完全一视同仁;(3)开庭审理方式不限于传统上所讲的“事实审”,而且也包

括“法律审”；在审级上，也不限于下级审判机关，还包括最高审判机关。

与对国外情况的考察相对应，作者对我国二审程序审理方式的立法演变、司法实践和理论分歧也进行了回顾，在此基础上指出我国现行二审程序审理方式在立法上和司法上存在的问题：（1）除抗诉案件外，刑事诉讼法关于上诉案件审理方式的规定，是一个随意性很强的主观标准，执行的结果是不开庭审理变成了原则，开庭审理却成为例外，实违立法者所愿；（2）刑事诉讼法关于上诉案件审理方式的确定思路实际上是以审理结果决定审理方式，不仅违反正确的思维逻辑，且使开庭审理的案件造成司法资源的浪费和工作效率的降低；（3）在开庭审理方式上，对抗诉案件和上诉案件区别对待既无法理上的依据也无情理上的依据；（4）虽然规定了两种审理方式，却未规定审理的具体程序，由此造成司法上的不规范。

指出上述问题后，作者从我国的实际情况出发，提出确定我国二审审理方式应当考虑的主要因素：（1）初审程序的立法完善程度与司法实际状况；（2）上诉的性质；（3）法院的审判力量和二审案件数；（4）经济、交通发展状况。在此基础上，作者对现行二审程序的两种审理方式表示赞成，同时对确定两种审理方式的选择标准及适用对象提出修正意见，主张二审程序除死刑案件原则上一律开庭审理外（推定上诉死刑案件可以不开庭），其他不论上诉还是抗诉案件一律根据上诉（抗诉）事由选择具体审理方式：第一，凡是在上诉或抗诉中提出或者属于对初审判决认定的案件事实以及基于对案件事实的认定而对适用法律或裁量刑罚提出异议的，都应当采用开庭审理的方式；第二，凡是在上诉或抗诉中表明或者属于对初审判决认定的案件事实不持异议，而只对适用法律定性、量刑以及诉讼程序提出异议的，可以采用不开庭的调查讯（询）问的审理

方式。对此还从立法上如何配套、司法上进行甄别提出了建议。最后,在对我国现行二审程序的裁判原则和方式表示肯定的同时,从立法和司法层面上提出下述完善意见:(1)“维持原判”的适用范围还应包括在初审判决上虽有一定错误但并不影响初审判决结论正确性的情形;(2)对“量刑不当”的理解和把握还应当包括并不违反量刑的法定原则和法定情节但与同类案件相比明显不公的情形;(3)对“原判决事实不清楚或者证据不足”的案件,二审法院原则上应当力求“查清事实后改判”,只有在确实难以查清的情况下才可以“发回重审”。

第六章对第三审程序的定位、启动、审理与裁判进行探讨。作者在对外国三审程序考察的基础上,提出将我国的三审程序原则上定位于法律审,即除对死刑案件可以在三审程序中审查事实问题外,其他三审案件一律只审查法律适用问题。此外,三审案件一律采用不开庭的书面审理方式。

第七章专就裁定的上诉程序进行研讨。作者通过对国外关于裁定的上诉程序的考察和对我国关于裁定的上诉程序的现状和问题的分析,提出了完善我国关于裁定的上诉程序的初步设想:(1)对裁定的上诉和抗诉实行两审终审制,并采用书面审理方式;(2)扩大人民法院适用裁定方式调整、处理诉讼事项的范围,特别是通过上诉程序加强对被告人及其他诉讼参与人在诉讼活动中的人身权利、财产权利的保护。

本书是在作者博士论文的基础上修改而成的。在博士论文的选题和写作过程中,导师陈光中教授给予了悉心的指导。在北京处于“非典”的特殊时期,卞建林教授、程味秋教授、宋英辉教授、刘金友教授、李宝岳教授出席了 my 的论文答辩会,当面对论文中的一些问题给予热忱指导。根据他们的意见和建议,我对论文进行了修改并准备正式出版。此间,樊崇义教授审阅了我的论文,并给予积极

的评价,还告诉我将本书纳入由他担任总主编的《诉讼法学文库》之中,请中国人民公安大学出版社出版。值此本书交付出版之际,我向以上各位老师、朋友和出版社的有关同志表示由衷的感谢。

虽然我在主观上想从理论与实践、立法与司法、中国与外国的结合上围绕刑事上诉程序这个题目写出一些新意和深度来,并且为此也付出了积极的努力,但由于才疏学浅,加之律师本职工作的影响,感到并没有如愿以偿。本书的出版权当是在这个研究课题上的一块引玉之砖吧。

作 者

2003年8月

目 录

第一章 绪论	(1)
一、上诉程序的概念及其特征	(1)
(一)上诉程序的概念	(1)
(二)上诉程序的特征	(2)
二、上诉程序的功能	(10)
(一)纠错功能	(12)
(二)防错功能	(15)
(三)安抚说明功能	(16)
(四)统一法律适用功能	(19)
三、上诉程序在刑事审判程序中的地位	(21)
四、研究上诉程序的意义	(29)
(一)刑事上诉程序的立法亟待完善	(30)
(二)刑事上诉程序的司法活动亟须规范	(31)
(三)刑事上诉程序的立法完善和司法规范需要 法学研究的理论支撑	(31)
第二章 上诉程序的原则	(33)
一、确保司法公正原则	(33)
(一)司法公正在刑事诉讼中的涵义和要求	(33)
(二)上诉程序在确保刑事司法公正中的特殊使命和	

作用	(41)
二、提高审判效率原则	(47)
三、审级相互独立原则	(51)
四、有限审查原则	(57)
五、上诉不加刑原则	(72)
(一) 上诉不加刑原则的由来、涵义及在我国的确立	(72)
(二) 上诉不加刑原则的法理根据	(76)
(三) 对我国上诉不加刑原则的修改与完善	(88)
第三章 审级制度	(98)
一、审级制度及其建构原理	(98)
二、对我国现行审级制度的审视分析	(106)
三、重构我国审级制度的设想	(117)
(一) 维持现行四级法院的等级结构不变但应当与 地方行政区划脱离	(117)
(二) 以三审终审制取代两审终审制	(119)
(三) 将死刑复核程序改造纳入三审终审制的审级 制度中	(121)
第四章 第二审程序的启动	(124)
一、上诉权的主体	(124)
(一) 处于辩方地位的上诉权主体	(124)
(二) 处于控方地位的上诉权主体	(131)
二、上诉权的行使	(140)
(一) 提起上诉的条件	(140)
(二) 上诉期限内上诉的放弃与撤回	(148)