

刑事二审程序论

陈卫东 著

中国方正出版社

刑事二审程序论

陈卫东 著

中国方正出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

刑事二审程序论/陈卫东著. —北京: 中国方正出版社, 1997. 4

ISBN 7—80107—146—8

I. 刑… I. 陈… III. 刑事诉讼—再审—研究—中国 IV. D925. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 07419 号

刑事二审程序论

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区育幼胡同甲 1 号 邮编 100813)

北京市顺义板桥印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 9.125 字数: 225 千字

1997 年 5 月第 1 版 1997 年 5 月第 1 次印刷

印数: 1—5000 册 定价: 14.80 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

☆刑事二审程序论☆

目 录

第一章 绪 论	(1)
一、第二审程序的概念与意义	(1)
二、第二审程序的产生与发展	(4)
三、外国刑事诉讼中的第二审程序	(15)
(一) 一般规定	(15)
(二) 第二审程序提起	(19)
(三) 第二审理程序	(24)
(四) 第二审程序的裁判	(27)
(五) 上诉不加刑原则	(29)
第二章 第二审程序中的几个基本理论问题	(31)
一、第二审程序的诉讼地位	(31)
二、第二审程序的审理对象	(32)
三、第二审程序的诉讼功能	(33)
四、第二审程序与两审终审制的关系	(34)
五、第二审程序与第一审程序的区别	(35)
六、第二审程序与审判监督程序的区别	(37)
七、第二审程序与死刑复核程序的区别	(42)

11-17/19/33

第三章 第二审程序中的特殊原则	(46)
一、实事求是原则	(46)
二、保障上诉权原则	(53)
(一) 上诉权的含义	(53)
(二) 上诉权的保障	(54)
三、全面审查原则	(59)
四、上诉不加刑原则	(70)
(一) 上诉不加刑原则的历史回顾	(70)
(二) 上诉不加刑原则的含义与适用	(74)
(三) 上诉不加刑原则之违反	(94)
(四) 上诉不加刑原则存废之争论	(96)
(五) 上诉不加刑原则的完善	(107)
 第四章 第二审程序的提起	(109)
一、上诉的提出	(109)
(一) 上诉权主体	(109)
(二) 上诉期限	(128)
(三) 上诉方式	(134)
(四) 上诉理由	(137)
(五) 上诉效力	(137)
(六) 上诉权的丧失	(139)
二、抗诉的提起	(143)
(一) 关于抗诉的对象	(145)
(二) 关于抗诉的理由	(150)
(三) 关于抗诉的程序	(153)

第五章 第二审审理	(156)
一、第二审程序中的审判组织	(156)
(一) 第二审的审判组织只能是合议庭	(156)
(二) 第二审合议庭的组成人员只能由审判员 来构成	(157)
(三) 第二审合议庭的人数只能是三人或五人	(157)
二、第二审程序中的公开审判问题	(158)
三、第二审案件的审查	(161)
(一) 对第一审认定事实的审查	(161)
(二) 对第一审采纳证据的审查	(163)
(三) 对第一审适用法律的审查	(164)
(四) 对第一审诉讼程序的审查	(167)
四、第二审程序的审理方式	(168)
五、第二审的审理结果	(177)
(一) 维持原审判决	(177)
(二) 变更原审裁判	(180)
(三) 撤销原判, 发回重审	(184)
六、第二审程序中的中止审理与终止审理	(189)
(一) 中止审理	(189)
(二) 终止审理	(194)
七、第二审法庭审理中的人民检察院	(197)
(一) 出席第二审法庭	(197)
(二) 二审法庭上的主要诉讼活动	(201)
(三) 检察人员出席二审法庭的法律地位和任务	(218)
 第六章 第二审程序中的律师辩护	 (225)
一、二审案件中律师辩护的作用	(225)

二、辩护律师为被告提出上诉	(227)
(一) 提起上诉的方式	(227)
(二) 提起上诉的期限	(229)
(三) 提起上诉的理由	(229)
(四) 提起上诉的效力	(230)
(五) 关于律师应否有独立的上诉权问题	(231)
三、辩护律师参加二审人民法院审判前的准备	(234)
(一) 签订委托书	(234)
(二) 认真研究判决书	(235)
(三) 查阅案卷材料	(235)
(四) 会见原审被告入	(235)
四、辩护律师参加二审人民法院的辩护	(236)
(一) 辩护律师在二审人民法院以调查 讯问方式审理案件时的辩护工作	(236)
(二) 辩护律师在二审人民法院以开庭 审理方式审理案件时的辩护工作	(237)
五、二审法院宣判后的辩护工作	(238)
 第七章 自诉案件的二审程序	(240)
一、上诉的主体	(241)
二、上诉的范围	(245)
三、关于自诉案件二审程序中上诉不加刑问题	(247)
四、关于二审法院审理自诉案件能否进行调解、 自诉人是否可以同被告人自行和解或撤回 自诉的问题	(252)
五、关于二审程序能否反诉	(256)

第八章 附带民事诉讼中的第二审程序	(260)
一、关于提起上诉、抗诉的程序	(261)
(一) 提起上诉、抗诉的主体	(261)
(二) 上诉、抗诉的客体	(266)
(三) 上诉、抗诉的方式	(268)
(四) 上诉、抗诉的期限	(271)
二、关于附带民事诉讼的第二审审理	(272)
(一) 关于二审的审理范围问题	(272)
(二) 关于二审期间能否提起附带民事诉讼 的问题	(274)
(三) 关于二审法院认定被告人无罪、其所 附带民事诉讼如何处理的问题	(276)
(四) 关于二审法院是否允许民事当事人 撤诉的问题	(278)
(五) 关于上诉不损利的问题	(280)

第一章 绪 论

一、第二审程序的概念与意义

第二审程序，通常又称之为上诉审程序，它是上级法院根据当事人的上诉或者检察机关的抗诉，对下一级法院尚未发生法律效力的判决、裁定进行重新审理时所应遵循的步骤和方法。在中国，第二审程序是指一审法院的上一级人民法院，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。

第二审程序是刑事诉讼中一个独立的诉讼阶段。就其诉讼阶段的特点来看，它首先表现为是一种上诉审程序，也就是说，它是第二审人民法院根据当事人的上诉或者人民检察院的抗诉而进行的审判程序。换言之，如果没有当事人上诉或者人民检察院的抗诉，就不会引起第二审程序。但是，当事人的上诉或者人民检察院的抗诉，是有严格时间限制的，超过法律规定的上诉、抗诉期限，即使提起上诉或者抗诉，也不能引起第二审程序。由此我们不难看出，第二审程序并不是审理刑事案件的必经程序，一个案件是否经过第二审程序，关键在于有无当事人上诉或者检察机关抗诉。提起上诉、抗诉的，该案就应由上一级人民法院依第二审程序再次审理，否则，一审裁判即发生法律效力，案件也就一审终结诉讼（死刑案件判决除

外)。其次,第二审程序是重新进行审判的程序。由于当事人不服原审裁判或者人民检察院认为原审裁判确有错误而提出上诉、抗诉,这就要求第二审人民法院对第一审判决、裁定认定的事实是否清楚,证据是否确实、充分,定性是否准确,量刑是否适当,诉讼程序是否合法等,进行重新审判,通过全面审查,维护正确的判决、裁定,纠正错误的判决、裁定,以维护法律的尊严,保护当事人的合法权益。需要指出的是,不能机械地理解第二审理程序就是对同一案件进行第二次审理的程序。因为对同一案件的第二次审理,既可能是第二审程序,也可能是第一审理程序,还可能是审判监督程序。如上一级法院认为下级法院审理、裁判应该由自己作为第一审审理的案件,有权依法撤销裁判、变更管辖,将该案件管辖权收归自己,作为第一审审判。变更管辖后的审理,从案件本身审理的次数说是第二次,但从审判程序上说是第一审程序。再如,一审判决、裁定后已经发生法律效力,一审法院院长发现在认定事实上或者在适用法律上确有错误,提交院审判委员会讨论后决定再审,由于该案原来是第一审案件,所以依照法律规定,仍就依照第一审程序进行审判。虽说这是对该案的第二次审理,但从程序性质上说这属于审判监督程序。再次,除基层人民法院以外的各级人民法院,都可以成为上级人民法院,因此,中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院对于它的下一级法院,都是第二审人民法院,对于不服下一级法院裁判都要适用第二审程序审理裁判。此外,由于最高人民法院是最高审判机关,最高法院所作的一审判决、裁定,没有第二审程序,判决、裁定后即发生法律效力。

第二审程序是从制度上保证人民法院正确行使审判权,实现人民法院审判刑事案件“不枉不纵”方针的一项重要诉讼保障。它对于保证准确地惩罚犯罪分子,保护当事人的合法权益,维护社会主义法制,具有重要的意义。

第一,通过第二审程序,维护一审法院的正确裁判。在审判实

践中，一审法院的判决绝大多数是正确的，但有的被告人不认罪服判而提出上诉，企图通过第二审减轻自己的罪责，或者逃避法律的制裁。二审法院通过对上诉案件的重新审理，再次核实案件的事实和证据，再次检查该案对法律的适用，依法维持一审的正确裁判，驳回无理的上诉，这样，既可以使一审法院的裁判，经过实践的检验，得到充分的肯定，使正确的裁判立即发生法律效力，得以迅速执行，又可以进一步揭露和证实犯罪，促使罪犯放弃幻想，认罪服法，接受改造。

第二，通过第二审程序，可以纠正一审法院的错误裁判，准确地惩罚犯罪分子，有效地保护当事人的合法权益。人民法院的刑事判决或裁定，必须事实清楚，证据确凿，运用法律得当，稳、准、狠地打击敌人，惩罚犯罪。但在实践中，由于刑事案件往往十分复杂，加之司法人员的认识能力和政策、法律水平的局限，以及其他各种主客观原因的影响，要查清案件事实，核实证据，正确适用法律，确实不是一件容易的事。一审法院在处理案件过程中发生某些差错，是难以完全避免的。特别是对一些疑难案件的处理，更是如此。一审判决，如果误将有罪判无罪、重罪判轻罪，或者误将无罪判有罪、轻罪判重罪，都必然会放纵犯罪分子或者冤枉好人，因而法律规定了上诉制度，当事人和人民检察院在判决或裁定未发生法律效力之前提出上诉或抗诉，上一级人民法院就可以通过第二审程序，撤销或者变更第一审法院的错误判决或裁定，使犯罪分子受到应得的法律制裁，保障无罪的人免受刑事处罚，维护社会主义法制的严肃性。

第三，有利于上级人民法院监督和指导下级人民法院的审判工作，保证办案质量。由于各级法院之间的审级关系，在具体办案业务上，上级法院不能直接插手下级法院的审判，上级法院通过审理上诉、抗诉案件，可以深入细致地了解到下级法院在审判工作中执行法律、政策的情况及其审判作风，发现问题，及时解决。通过维持正确裁判，纠正错误裁判，一方面可以肯定下级法院刑事审判工

作的成绩和优点,指明了该院今后在处理此类案件时应采取的方式,另一方面可以指出下级法院刑事审判工作中的缺点错误,督促下级法院总结经验教训,不断改进审判工作,提高办案质量,防止冤假错案,保证国家法律、政策的统一实施和国家审判权的正确行使。

二、第二审程序的产生与发展

第二审程序的产生,是以形成上下级司法机关的关系为前提,有了上下级司法机关的不同审判权限特别是上级司法机关对下级司法机关的领导或指导地位,相应也就发生了上级司法机关对下级司法机关的审判监督活动。这从有关历史资料中看得很清楚。据有关资料记载,产生级别式的司法机关始于约公元前二十世纪时的古代西亚幼发拉底河和底格里斯河两河流域的埃什嫩那王国,当时国王俾拉拉马的法典第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。与此同时,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〕他向〔国王〕申诉,〔那末罪人应将〕他所偷的赃物,不论是少,或者多,〔都按全部价〕格〔归还〕,而国王将加给〔他〕以任何〔处罚〕。”^②这里的向国王申诉,实

① 参见高等学校法学试用教材《外国法制史》,北京大学出版社1982年8月版,第16页。

② 参见《外国法制史资料选编》,上册,北京大学出版社1982年版,第57页。

际上是国王对案件的最后裁判,这里我们已经看出上诉制度的雏形。目前我们从残留至今的最早几部古代法典中尚未发现有上诉制度的规定,但学者们普遍认为,约公元前十八世纪古巴比伦王国第六代国王汉穆拉比时代已有上诉制度的存在。当时有两种身份的“法官”,一是地方上的大小行政官吏,判案时通常有六至十人共同参加,对他们的拖延习气、舞弊行为、行贿、拒绝裁判等等,当事人均可上诉至国王,国王有权特赦或由自己亲自审理。二是直接属于国王的王室法官,他们常被派到各大城市去,按照国王的旨意进行活动,他们的判决是终审判决,当事人不服不得上诉^①。处于公元前六世纪梭伦立法时期的古希腊雅典,审级制度与上诉制度亦划分清晰。当时的诉讼整个过程划分为审查和裁判两个阶段。审查前,原告向审判机关提出控告后,审查工作即行开始,审查时传唤被告人到庭,如被告缺席,则采取缺席审查。被告对案件审查如有异议,可以提出书面反驳材料,被告未提出异议或反驳的理由不充分,则司法人员须对案件的实质进行审查。审查结束即行裁判,裁判是在双方当事人辩论的基础上进行的,采用秘密投票的方式决定。当事人对判决结果不服,有权向赫里埃^②上诉,但赫里埃的判决为终审判决,不得再进行控诉。

公元前449年颁布的古罗马《十二铜表法》,是世界上迄今保留最早最完整的上诉制度的法典。该法典第九表《公法》的第四条规定:“对刑事判决不服的,有权上告。”^③在上古时期,还没有专门惩治犯罪的组织,判决权主要掌握在民众大会及勒克斯等国家机关手中。到了共和国时代,判处罗马公民的死刑及肉刑的权力属于最高

① 《巴比伦皇帝哈漠拉比法典马古巴比伦法解说》,中国人民大学出版社1954年版,第155页。

② “赫里埃”为当时司法机关的一种,又译为陪审法庭。

③ 参见周敕等编写的《罗马法》,群众出版社1983年版,第370页。

长官，首先是执政官。对他们的判决如有不服，可向百人团大会提出上诉。但对狄克推多的判决例外，不准上诉。共和国后期，由于犯罪案件的增多，需要迅速处理，于是设立了常设的刑事法院，由于它的常设，民众大会便逐渐丧失原来的司法职能。任何公民在得到最高裁判官的同意后，都可提出诉讼，案件审理时，先要听取原被告双方或他们的代理人所作的陈述，然后审查证据，最后进行宣判。宣判时法官进行表决，按多数票决定，判决后不准上诉。

中世纪的欧洲，在初期的法律中未见上诉条款的明文规定。公元五一六年颁行的《萨利克法典》第57条第3款有：“如果那些审判员还是不依法律来审讯，那么，那个被他们判决的人应控告他们”的规定，这里的“控告审判员”是现代意义上的上诉，还是指控渎职，不得而知，有的学者认为是上诉^①，但从本条的下文“如果能够证明他们确是不依法审判，其中每人应罚付六〇〇银币，折合十五金币”来看，控告的对象是审判员而非原审裁判，处理的结果是对审判员进行罚金，而不是纠正原审裁判，故此，笔者认为这里的“控告”作上诉理解似乎欠妥。但可以肯定的是，在中世纪中期，在神明裁判和当事人决斗盛行的体制下，上诉制度是没有存在余地的。因为神明裁判或决斗是借助神的旨意或启示来证明是非，是不允许对此提出异议而重新进行追诉或审理的。如果说中世纪中期的欧洲都是这种现状也不符合事实。在适用教会法的国家和地区，教会为行使其广泛的司法权，建立了较为完备的司法制度和法院体系，构成了独立的宗教法院体系。主教法庭是宗教法院的第一审级法院，大主教法庭是第二审级法院，大修道院以及皇宫礼拜堂等本身还设立了专门法庭。对以上各种法院之判决，当事人不服均可向教皇法庭提出上诉，教皇法庭是所有教会法庭的最高审级法庭。在封建割

^① 参见孙飞著《我国刑事讼第二审程序论》，群众出版社1986年版，第9—10页。

据的国家和地区设立的领主法院系统中亦有审级的划分与上诉的制度。从大领主到得到封地的中下地主，均取得了对领地内居民的司法权，从而形成了高级和初级的领主法院。十三世纪时，对任何领主法院的判决，不服者均可向国王法院提出上诉。进入十四世纪后，随着各国司法制度的改革，神明裁判和当事人决斗的证明方法被逐步废弃，国王的权力也逐渐扩大，国王基本控制了司法权，这样，上诉权在欧洲又重新获得了广泛的承认，受到各国君主的支持并为诉讼当事人所运用。此后，上诉制度便基本稳定下来。

在我国，上诉制度源远流长，徐朝阳先生在其《中国刑诉法溯源》一书中认为，上诉制度“据诸典籍，则自周礼之证载始”。国王拥有最高的审判权，他可以处理诸侯的争讼。周王之下，中央设立专门从事司法审判的司寇。《尚书·周官》“司寇掌邦禁，诘奸慝，刑暴乱”。此外，士师和青史也负责处理王畿之内的诉讼，并设有司刑“掌王刑之法，以丽万民之罪”^①。司刺“掌三刺三宥三赦之法”^②。基层则由乡士、遂士就地处理。当事人对判决不服，允许上诉。根据地区的远近，西周法律规定不同的上诉期限。“国中一旬，郊二旬，野三旬，都三月，邦国期（一年）。期内之听讼，期外不听。”^③“期内”就是上诉期之内。“期外”，即过了上诉期，原判决生效，便不得上诉了。上级司法机关接到上诉期之内的上诉状，就要开庭再审。司寇三公都参与重大案件的审理。审理终结，作出决定，处徒刑者交“司圜”和“掌囚”，判死刑者交“掌戮”去执行，个别重大案件，要由周天子最后决定才能执行。

1975年12月湖北云梦县睡虎地十一号秦墓出土的有关秦代法律、文书共一千余支竹简，比较全面地反映了战国晚期到秦始皇时期的法律制度，尽管秦简中的法律制度不是秦律的全部，但保留了

① 《周礼·秋官·司寇》。

② 《周礼·秋官·朝士》。

秦律的很多内容。其中《法律答问》记载了秦律有关的诉讼制度。分析秦简，秦时已设立了较完备的审级制度。秦在战国已设有“廷尉”为最高司法审判机关。统一六国后，廷尉成为属于丞相之下的列卿之一，为全国最高司法审判机关，廷尉下设正和左右监等属官，协助廷尉处理具体事务。廷尉的重要任务有二：一是负责“诏狱”即皇帝诏令审理的案件；二是审理地方送来的疑难案件以及重大案件的复审。地方司法机关分为郡、县、乡三级。乡不能决的案件，送县；县不能决的案件，报郡；郡不能决的案件，报中央廷尉，最后统归皇帝裁夺。囚人被判刑后，如不服判决，可提出申诉，请求再审，这种制度秦律称为“乞鞫”。秦简《法律答问》载：“以乞鞫及为人乞鞫者，狱已断乃听，且未断犹听殴（也）？狱断乃听之。”^①意即已要求重审及为他人要求重审的，是在案件判决以后受理，还是案件没有判决以前就受理？在案件判决以后再受理。《史记》记载，汉高祖刘邦年轻时：“戏而伤婴，人有告高祖，高祖时为亭长，重坐伤人，告故不伤婴，婴证之。后狱覆，婴坐高祖岁余，掠笞数百，终以是脱高祖。”史记解集引邓展云：“律有故乞鞫，高祖自告不伤人。”这是秦时乞鞫的一个实例。

汉时，判二年徒刑的，被判者本人和家人均可乞鞫。而且规定，期限为判决后三个月，“徒放决满三月，不得乞鞫”^②。曹魏时，“二岁刑以上，除以家人乞鞫之制。”^③家人不许乞鞫，本人的乞鞫则应允许。晋令中明确规定：“狱竟结，呼囚乞鞫语罪状，囚若称枉，欲乞鞫者，许之也。”^④

唐朝是我国封建社会经济的鼎盛时期，与此同时，其法律制度

① 《睡虎地秦墓竹简》第200、201页。

② 《周礼·秋官·朝士》注。

③ 《晋书·刑法志》。

④ 《史记·夏侯婴传》注。

亦发展到空前完备的程度，在我国封建法制史上居于承前启后、继往开来的重要地位。唐以大理寺为最高审判机关，审中央百官犯罪与京师徒以上案件和地方移送的死刑疑案。刑部为中央司法行政机关，负责审核大理寺及州县审判的案件，发现可疑，徒流以下驳令原审机关重审，或径行复判；死刑案则移交大理寺重审。御史台为中央最高监察机关，负责监督大理寺和刑部的司法活动，也参与某些案件的审判。遇大案，常由大理寺卿会同刑部尚书、御史中丞共同审理，称之为“三司推事”。地方司法仍由州、县行政长官兼理。刑事案件由县为一审。《唐律》明确规定了不服判决的上诉制度，但唐律不用秦、汉时的“乞鞫”这个词。《唐律疏义·断狱》篇规定：“诸狱结竟，徒以上，各呼囚及其家属，具告罪名，仍取囚服辩。若不服者，听其自理，更为审详。违者，笞五十；死罪，杖一百。”据该条疏义解释，“狱结竟”，指案件经“长官同断，案已判讞”；“仍取囚服辩”，指听取囚犯服判的表示或不服判的申辩，但“其家人亲属唯以告示罪名，不须问其服否。”^① 这条规定要求：徒刑以上的案件，审判结束，要对囚犯和家属宣告所犯罪名，而且要听取囚犯本人是否服判的意见，如不服而提出申辩，即应重新审判。唐时的上诉不是一次性的，可以逐级向上一级审判机关直至皇帝提出上诉，但不应越诉。唐律规定：“凡有冤滞不申诉理者，先由本司本惯，或路远而蹶碍者，随近官司断决之。又不伏，复给不理状，经三司陈述。又不伏者，上表。”^② 就是说，向上一级上诉后，上级复审结束，如仍不服，可发给“不理状”，即说明申诉无理的书状，申诉人可持此状再向上一级申诉。

明清时期的上诉制度，在继承唐、宋的基础上，进一步完备起来。明朝的司法机关，中央仍为大理寺、刑部和都察院。但就其职

① 《唐律疏义·断狱》“狱结竟服辩”条及其疏义。

② 《唐六典·刑部》。