

首都检察文库 14
SHOU DU JIAN CHA WEN KU

总主编 慕平

DF 738.24

11

刑事二审程序 难题与应对

主 编：项 明

执行主编：周光权

XING SHI ER SHEN
CHENG XU
NAN TI
YU YING DUI



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

首都检察文库 14

SHOU DU JIAN CHA WEN KU

总主编 慕平

刑事二审程序 难题与应对

主 编：项 明

执行主编：周光权



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事二审程序难题与应对/项明主编. —北京:法律出版社,2008.12

(首都检察文库)

ISBN 978-7-5036-9123-2

I. 刑… II. 项… III. 刑事诉讼—审理—研究—中国
IV. D925.218.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 200900 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/23.75 字数/390 千

版本/2008 年 12 月第 1 版

印次/2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9123-2

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《首都检察文库》编辑委员会

主 任：慕 平

副主任：马剑光 项 明 伦朝平 朱 晔

编辑委员会委员：方 工 王双进 甄 贞

卢 希 高保京 吴同平

殷 键

编辑委员会办公室

主 任：甄 贞

成 员：郭兴莲 邹开红 王志国

李荣冰

《首都检察文库》总序

检察机关作为国家法律监督机关,是中国政权建设和法制建设进程中的历史选择。检察机关的各项职能都与构建社会主义和谐社会密切相关,在贯彻依法治国基本方略、维护社会和谐稳定、积极化解社会矛盾、促进社会公平正义方面具有不可替代的重要作用。党的十七大提出“全面落实依法治国基本方略,加快建设社会主义法治国家”和“深化司法体制改革”,给检察工作指明了前进的方向,明确了奋斗目标。新的时期,检察机关承担着新的考验和艰巨的历史使命。

一、充分发挥首都区位优势,实践中国特色社会主义检察制度

中国特色社会主义检察制度,作为中国特色社会主义制度的有机组成部分,具有鲜明的特色和优越性。高举中国特色社会主义伟大旗帜,坚定不移地坚持中国特色社会主义检察制度,是检察机关义不容辞的历史使命。因此,检察机关必须认真学习和领会十七大关于中国特色社会主义伟大旗帜的重要思想,坚持用中国特色社会主义理论体系指导检察工作,不断深化社会主义法治理念教育,确保检察工作始终沿着正确的方向发展。必须把坚持和发展中国特色社会主义检察制度,作为坚定走中国特色社会主义道路的具体实践,更加自觉地发挥法律监督职能,更好地为经济社会又好又快发展服务,用实践证明我国检察制度的科学性、合理性和优越性。

北京市检察机关在全国地方检察机关中,地位较独特,其作为全国的政治中心的特殊政治地位为各项工作的开展创造了良好的政治氛围,能够及时地了解中央的精神和部署,同时履行职责本身具有较强的政治影响和示范效应,备受全国各地的关注。高检院、北京市委都要求北京检察机关要当好队伍建设和业务建设的“两个表率”,走在全国检察机关前列,激励和鞭策我们要牢固树立为党和国家大局服务的意识,各项工作都要走在前列,与首都的地位相适应。面临着历史使命和现实问题的双重压力,北京市检察机关必须

切实解放思想、转变思路、更新观念,在明确新的要求的基础上,坚定法律监督的宪法定位,牢固树立检察工作是和谐社会重要内容的理念,坚持“以业务建设为中心,以队伍建设为根本,以改革创新为动力,以基层建设为重点”的工作思路,不断破解工作中的难题,在改革创新中探索有首都特色的检察工作发展道路。

二、充分发挥检察资源优势,研究中国特色社会主义检察理论

科学发展观是我们党坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,在准确把握世界发展趋势、认真总结我国发展经验、深入分析我国发展阶段性特征的基础上提出的重大战略思想。当前和今后一个时期的检察工作最重要的是要全面贯彻科学发展观,把科学发展观作为检察工作必须坚持的重要思想,围绕检察发展提高法律监督能力。因此,检察机关必须认真学习和领会十七大关于科学发展观的重要思想,深刻领会和全面把握科学发展观的重大意义、科学内涵和基本要求,不断提高贯彻落实科学发展观的自觉性和坚定性,全面、协调、可持续地推动各项检察工作。

检察发展依赖于检察理论的发展和检察实践的发展。检察理论的发展和检察实践的发展是相伴相生、相辅相成的。没有科学的检察理论为依托,检察事业的发展将缺乏应有的活力和后劲。历史也证明,对法律监督规律认识片面或者浅陋,对检察基础理论研究和实务工作总结的漠视和冷落,容易使法律监督实践陷入误区。尽管检察改革正在法治的轨道上被稳步推动,但也应该承认,检察改革的理论准备不足,有关的理论资源相当有限,某种程度上实践走在了理论的前面。正确把握法律监督原理,研究检察工作规律,总结检察实践,有助于我们全面认识检察机关的性质、功能、职责、作用,少走不必要的弯路。近年来,北京检察机关充分利用拥有的资源优势,推进检察基础理论研究和应用理论研究协调发展,以实证研究消解实践远离理论的困惑,以理论研究把握重大理论和实践课题,并且积极创造条件使研究成果走入法学界,实务专家能够与法学家同台辩论。创办了《首都检察官》、《北京检察》等首都检察官自己的专业刊物,出版了《检察改革的新探索》等一系列著作,这些刊物和著作已经逐渐成为展示首都检察官研究成果,融入法学界的重要渠道。

三、充分发挥检察研究优势,培植首都检察理论研究的优秀成果

鉴于首都检察工作所面临的新的形势,为适应国家和社会对检察工作提出的新的要求,北京市人民检察院积极与法律出版社研究协商,决定编辑出版《首都检察文库》,陆续出版发行一批能够反映首都检察系统检察理论研

究、法学理论研究和实践业务研究的专著或者论文选集。《首都检察文库》是一个长期的出版计划,将打造成为首都检察系统理论研究和实证研究的培植园地,每年都挑选出若干部具有较高理论水平、应用价值和出版价值的书籍发行,达到集中出版精品、打造规模效应的目的,为检察理论研究增添较有分量的研究成果。通过《首都检察文库》的出版,第一,集首都检察系统理论研究之精华,使得北京市检察机关理论研究能够以一种整体的形式呈现给学界,呈现给实务界,让法律监督实践与检察理论研究恰当融合;第二,展示首都检察官对司法进步深刻思索的理性光芒,从不同侧面折射首都检察工作的全貌,让读者从中深切感受到当代法律监督的真实脉动;第三,搭建学术与实践互动交流的平台,推动学术资源共享,扩大共识,相互争鸣,逐步扩大首都检察理论研究在学术界的影响。

《首都检察文库》各部书将不定期出版,成熟一部编辑发行一部,主要是推出首都检察机关的检察基础理论研究成果、重点调研课题、检察实务研究报告,以积土成山,集腋成裘,在学术研究的阵地上守持话语权,促进检察理论研究环境的改善,争取为领导决策服务,为法律监督实践服务。另外,北京检察机关近几年来陆续招录了一大批博士研究生、硕士研究生,并且一批检察官在职进修获得了博士学位、硕士学位,一定意义上代表了首都检察事业的未来和前途,他们视野开阔,思想敏锐,研究深入,不囿于成见,又敢于创新,他们的学术论文理论水平较高,由于学术著作出版困难使很多研究成果尚未能与读者见面,所以我们将把这些博硕士论文也纳入选编视野。当然,也略感遗憾的是,虽然首都检察研究经历了几年的积累,产生了很多优秀的研究成果,但要按照职务犯罪侦查、刑事检察、诉讼监督三个方面打造文库还暂时不能实现。故此,我们保留着这种文库编辑理想,并虚座以待,殷切地期望着各类相关实践总结和研究成果的出现。希望通过文库的不间断推出和编辑出版,能够逐步积累首都检察学术成果,繁荣、深化和开拓首都检察系统的学术研究和实践总结,促进与学界的交流合作,不断提高首都检察机关的理论水平,不断提升首都检察机关的法律监督能力,进而有力地促进国家法治昌盛、社会和谐稳定、政治安定有序。

文库出版的价值在于质量。尽管我们为书籍的正式出版作了很多基础工作,但也必然会存在种种问题,而且与我们的预期目标还有相当的差距。不过,我们的步子已经迈出来了,研究成果将陆续出版,并且还会坚持下去。所以,为了保障文库能够有质有量地奉献给社会,我们将以开放的姿态接受广大读者对本文库的检验、批评、帮助和建议。同时,也欢迎广大读者对将来

陆续出版的每一部书提出批评指正。毕竟,无论是检察研究者还是首都检察机关本身,都时刻需要社会和学界以及广大同仁各方面的支持与帮助。建议和批评都将成为催促我们精益求精、尽善尽美的动力,倘若应者云集,我们的工作也定将蒸蒸日上。

最后,还必须强调,《首都检察文库》是在法律出版社的支持下才得以出版的。我们要感谢法律出版社有关领导对文库的关心与扶持,尤其要感谢各卷书责任编辑在文库书籍的编选等方面所给予的有见解、有价值的指导,以及为编辑文库书籍付出的辛勤劳动。更重要的是,以后法律出版社与北京市检察系统的长期合作,必将增进首都检察理论研究的学术积累,使实践与理论互融,为推进依法治国和构建和谐社会尽绵薄之力。

是为序。

北京市人民检察院检察长:慕平

2008年12月5日

前 言

在刑事司法实务中,一审程序的重要性是不言而喻的,对其的立法较为详尽,理论著述汗牛充栋。与之相比较,二审程序显得很不完善,立法上对其规定较为粗疏,亟待完善;理论剖析大多语焉不详;司法机关在适用刑事诉讼法时存在很多分歧,需要统一认识。因此,为准确适用法律,提高检察队伍专业化水平,同时,也为刑事诉讼法的修改提出一些建设性意见,对刑事二审程序中的重点、难点问题进行研究就是非常重要的。通过研究提出相关对策,促进立法科学化、合理化,并解决司法实务中提出的诸种问题,就是刻不容缓的事情,也是检察机关义不容辞的责任。

近年来,北京市人民检察院第一分院和北京市第一中级人民法院在刑事二审工作中严格依照法律的规定,相互配合,相互制约,维持着较好的工作关系。目前,所有二审抗诉案件,法院都开庭审理,我院派出检察官出席抗诉法庭。同时,我院委派检察长列席法院所有抗诉案件的审委会,抗诉工作取得了较好的法律效果和社会效果。

除抗诉案件外,我们和北京市第一中级人民法院经反复协商,已经初步就上诉案件的处理达成一致意见:人民法院对刑事第二审上诉案件根据法律规定和不同案件情况,采取开庭审理、书面征求意见、不开庭审理等审理方式。我们已经初步形成的工作机制是,对于下列二审上诉案件,应当采取开庭审理方式:(1)二审期间出现新证据需要进行庭审质证的案件;(2)二审法院合议庭审查后认为事实不清、证据不足的案件;(3)二审合议庭认为可能改变第一审法院判决认定事实(包括自首、立功等法定从轻减轻情节)并影响量

刑的案件;(4)二审法院合议庭拟对刑期做较大幅度改判(减轻或者从轻幅度在3年以上,从轻减轻后并适用缓刑)的案件。对于上述案件,二审法院在开庭审理刑事第二审上诉案件时,经征得当事人、出庭检察员、辩护人同意,可根据案件情况,对审理程序进行适当简化,以提高审理效率,节约诉讼资源。同时,对于下列案件,二审合议庭审查后拟不改判或者对量刑做小幅度改判(从轻幅度在3年以内)的案件,可不开庭审理,但应向我院移送卷宗材料并书面征求意见:(1)未成年人犯罪案件;(2)外国人犯罪案件;(3)二审合议庭认为可能部分改变一审判决认定事实的案件;(4)二审期间上诉人具有悔罪、赔偿等酌定情节的案件。目前,二审法院向我院书面征求意见的案件,我院都在20日内审查完毕,出具书面审查意见函连同案件材料送达二审法院。二审法院对于开庭审理和书面征求意见的案件,在判决书中对于采纳同级人民检察院审查意见的应当予以明确引述。

当然,我们认为,对于二审法院合议庭经审查后,属于下列情形的案件,出于各种实际考虑,可不开庭审理:(1)认定事实与第一审判决一致,事实清楚、证据确实充分的案件;(2)认定事实与第一审判决一致,在不改变量刑情况下拟改变一审认定罪名的案件;(3)认定事实和适用法律与一审判决一致但认为一审判决量刑偏重拟做小幅度改判的案件。

总起来看,在办理二审案件过程中,我院能够与同级人民法院及时沟通、配合,共同维护审判权威,保证了司法工作的权威性和严肃性。

在工作中积极摸索刑事二审程序的规律,对解决实务问题至关重要。同时,为了站在一定的高度来审视二审程序中的各种问题,寻找解决问题的最佳方案,我们还积极和学术研究机构合作,共同对二审程序中的共性问题以及难题展开多种形式的研讨。2008年7月12日,我院和中国法学会刑事诉讼法学研究会、清华大学法学院合作,在北京友谊宾馆召开了全国性的、规模较大的“刑事二审程序:难题与应对”论坛,最高人民检察院党组副书记、常务副检察长张耕大检察官,最高人民法院党组副书记、副院长张军大法官,最高人民法院原副院长刘家琛资深大法官,中国法学会刑事诉讼法学研究会名誉会长,中国政法大学终身教授陈光中先生,北京市人民检察院党组书记、检察长慕平大检察官等领导、专家以及来自全国十余所高等院校或者科研院所的专家学者龙宗智教授、王敏远教授、谢佑平教授、陈瑞华教授、孙长永教授、刘

根菊教授、周长军教授、张建伟教授等拨冗出席论坛,他们在会议上的发言非常具有权威性、代表性、前沿性。会议研讨的主题相当广泛,安排较为紧凑,与会人员发言踊跃,学术气氛浓厚、热烈。通过举办“刑事二审程序:难题与应对”论坛,我们有以下收获:第一,搭建了研究刑事二审程序中所遇到的各种难题的平台,促进法学研究和司法实务之间的良性互动,为立法的合理化、科学化提供建设性意见。第二,提供了我院干警与国内一流学者面对面交流的机会,培养、锻炼干警,使之开阔视野,切实提高干警的问题意识和研究能力,提高业务素质和专业化水平。第三,提升了我院的地位、形象,扩大了我院的影响力,为扎扎实实推动创新型、学习型检察院的建设,争创一流提供了理论支持。

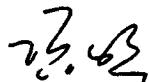
当然,这次会议的组织工作也有条不紊,参与组织论坛的我院研究室、二审处、办公室、行装处等部门通力合作、协调良好。我自己感觉,“刑事二审程序:难题与应对”论坛是对我院党组的决策能力,干警筹备、组织、接待大型学术会议的能力,参与合作精神,工作作风,以及研究能力的全面检验。相关参与论坛筹备工作的工作人员辛勤付出,经受住了考验,得到了参会专家学者、上级有关部门以及媒体的充分肯定。

我想,在未来,我们还应当进一步总结本次论坛的经验,积极组织、开展我院的调研工作,推进我院和法律院校、科研单位之间的学术交流,对刑事二审程序的专题研讨,还应当更有深度、更为持久地推进。

本书所收录的论文,主要是本次论坛提交的会议论文。少数论文来自和我院有工作关系、交流关系的专家学者以及司法界同行。对于所有论文作者给予我院刑事二审工作以及调研工作的支持,我们表示最诚挚的谢意!

我深信,只要我们认真实践科学发展观,坚持社会主义法治理念,严格按照法律的规定办事,并积极进行探索,刑事二审程序的科学化、合理化就是可以期待的!

北京市人民检察院第一分院党组书记、检察长



2008年11月1日

目 录

前言	项 明(1)
----------	----------

理论与争鸣

检察长列席抗诉案件审委会的理论与实践	项 明 周光权(3)
案卷笔录中心主义	
——对中国刑事第二审程序构造的重新考察	陈瑞华(13)
刑事二审“全面审查原则”质疑	陈卫东(49)
刑事二审全面审查原则新探	秦宗文(60)
依法维护法律的正确实施	
——二审出庭检察人员诉讼职能及出庭原则探析	顾永忠(76)
刑事二审程序功能探析	赵永红(85)
论刑事第二审程序检察院的诉讼监督职责	
——基于诉权受制约论的解构	王新环(99)
刑事二审开庭	
——诉讼权利保障机制	蒋炳仁(116)

实践与探索

对几类特殊案件的刑事抗诉问题研究	王 军(125)
检察官出席二审法庭若干问题探讨	李忠诚(138)
论死刑二审案件开庭审理的意义和作用	胡云腾(145)
死刑案件二审开庭之若干问题	刘祥林 仇晓敏(152)

刑事二审出庭若干问题探讨	天津市人民检察院第一分院课题组(161)
刑事二审程序审理方式之完善	
——兼谈检察机关在刑事二审中的职能作用	
.....	上海市人民检察院第一分院法律政策研究室(170)
检察官出席二审法庭程序研究	赵永红 黄晓平(183)
刑事二审上诉案件审理程序的困境与出路	
——对二审上诉案件开庭审理的反思	江 伟(195)
检察机关死刑二审案件办理若干问题探析	刘 惠(206)
刑事二审抗诉监督的难点与对策探析	尹 畅(217)
刑事二审中的监督要点及常见问题的处理	赵 彬(226)
试论为检察机关刑事抗诉权松绑	吴 敏(233)
宽严相济刑事政策在二审案件中的适用研究	申 云 任国库(239)

调查与分析

关于刑事案件被改判发回情况的调研	白山云(249)
审理刑事二审抗诉案件的问题与对策	谭劲松(259)
法院刑事二审未开庭审理改判案件引发问题思考	常国锋(273)
办理追诉累犯、再犯情节抗诉案件的	
问题与对策	上海市人民检察院第一分院二审案件检察处(284)
关于三峡库区刑事二审工作的调查报告	张 清 赖江陵(298)

“刑事二审程序:难题与应对”论坛实录

理论与争鸣

检察长列席抗诉案件审委会的理论与实践

项 明* 周光权**

检察长列席同级人民法院审判委员会,是检察机关行使法律监督权的重要形式。2005年9月至10月,最高人民检察院、最高人民法院先后发布了《关于进一步深化检察改革的三年实施方案》和《人民法院第二个五年改革纲要》,将完善检察长列席审判委员会制度作为司法体制改革的重要任务。目前,许多基层检察院已就检察长如何列席审委会进行了有益探索,建立了协作机制,运行状况良好。据北京市人民检察院检察长慕平介绍,2006年1月至2008年10月期间,全市各级检察机关共列席审委会94次,大部分集中在检察院抗诉的案件。^①

北京市人民检察院第一分院自2007年下半年开始,对所有支持抗诉的刑事案件,均由检察长或者主管副检察长列席北京市第一中级人民法院的审委会。目前,法院每次都主动提前向我院告知审委会的开会时间,检察长列席抗诉案件审委会,已经成为检、法两院较为固定的工作机制。

由于现在对检察长列席审委会制度的规定还较为模糊,检、法两家对检察长列席审委会的认识也不尽相同,使得该制度在实施过程中,显露出诸多问题,这些问题反映出检察机关在行使法律监督权过程中的薄弱点,也在一定程度上束缚了检察机关依法行使职权。目前,虽然检察长列席审委会的范围有扩大的必要,但考虑到这一制度实际运作的时间并不长,很多做法还具

* 项明,北京市人民检察院第一分院检察长。

** 周光权,北京市人民检察院第一分院副检察长、清华大学法学院教授、博士生导师。

① 王丽丽:“接受监督,法院检察院携手促进司法公正”,载《检察日报》2008年10月27日第5版。

有探索性,检法两家还处在磨合阶段,所以,我们认为,检察长列席审委会的范围从抗诉案件开始做起,待时机成熟后再扩展其范围,是一种非常务实的态度,是较为可取的。本文拟结合北京市人民检察院第一分院的工作实际,对检察长列席抗诉案件的审委会制度进行研究。

一、检察长列席抗诉案件审委会的基本做法

抗诉案件的主要特点是:案情大多较为复杂;犯罪人可能为共犯;犯罪既遂可能与未遂、中止交织;民事法律关系和刑事犯罪纠缠不清;控辩双方对抗激烈;原审法院审判人员对案件的定性往往分歧较大。这些都使得列席审委会的检察长面临很大挑战。由于检察长列席抗诉案件审委会这项工作,开展的时间还不太长,很多做法都还处于摸索过程中,要很好地履行职务,列席审委会的检察长必须做好以下诸方面的工作。

(一)观念定位

检察机关是法律监督机关,检察长列席审委会是检察机关行使法律监督权的一种独特方式。抗诉案件多是检察机关与原审法院存在根本性分歧的案件,再审法院可以接受检察机关的抗诉意见,也可以不接受,所以,检察机关对于可能出现于己不利的审判结论要有足够的思想准备,不能强求法院接受自己的观点,对抗诉职能行使的定位要准确。只有基于这一前提,检察长列席抗诉案件审委会时,才能有正确的心态。

首先,列席抗诉案件审委会的检察长是法律监督者,不是公诉人。因此,其在审委会上不能产生角色错位。列席检察长的法律监督,和抗诉案件中的监督权紧密关联。一般认为,监督性是抗诉的主要特征,这种监督包括两方面的内容:一是对审判程序是否合法进行监督;二是对刑事判决、裁定是否公正、正确进行监督。^① 检察长列席抗诉案件所履行的监督权,实际上同时兼顾这两方面的内容。因此,检察长应该做的是监督法院承办人对案件的汇报是否全面准确,是否周延地考虑控辩双方的见解,审判结论是否和社会发展需要合拍,程序和实体上是否符合现行法律规定。同时,不需要检察长像出席抗诉案件法庭的检察官那样,全面、充分地阐述己方见解,更不需要针对辩方观点进行反驳。

其次,检察长是列席审委会,而不是出席审委会。检察长在很多时候需要做的不是发言,而是倾听;检察长在必要的时候可以发言,但没有表决权。

^① 姜伟等:《公诉制度教程》,中国检察出版社2007年版,第350页。