

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: X2010120033

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

刑事二审抗诉标准的异化与回归

——基于某基层检察院的实证分析

**Alienation and Regression of the Protest Standard of
Criminal Appeal Trial**

——Empirical Analysis Based on a Grassroots Procuratorate

吴海涛

指导教师姓名: 吴 洪 淇 讲 师

专业名称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2013 年 11 月

论文答辩时间: 2013 年 月

学位授予日期: 2013 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2013 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于
年 月 日解密，解密后适用上述授权。
2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

抗诉标准作为抗诉制度的核心，是评价抗诉权行使正确与否并决定抗诉成败的关键，但其立法上的模糊与司法中的偏离一直是笔者从事检察工作的“实践之谜”。从立法层面看，《刑事诉讼法》及司法解释、司法规范性文件基本确立了刑事二审抗诉标准，但应然抗诉标准的实然运行状态究竟怎样？司法实践中，检察机关到底是如何把握该标准的？刑事二审抗诉权该如何正确行使呢？这些都是值得认真对待并深入考察的问题。

本文的写作共分为四个部分。

第一部分，刑事二审抗诉概述。通过对相关概念进行比较，探讨刑事二审抗诉这个概念的真正内涵；通过与上诉、再审抗诉，以及与自诉、附带民事诉讼这两类案件的区分，确定了本文探讨的刑事二审抗诉的范畴。并着重探讨了刑事二审抗诉程序在化解社会矛盾中的的安抚劝慰功能。

第二部分，刑事二审抗诉标准的相关规定。从法律规定、司法解释及司法规范性文件三个层次探讨刑事二审抗诉标准的规范体系，并解读得出刑事二审抗诉标准同时要满足四个条件：事实清楚，证据确实、充分；判决、裁定确有错误；抗诉理由充分；有抗诉必要。

第三部分，刑事二审抗诉标准的司法异化。以某基层检察院的抗诉工作为样本，引入办案数据和大量抗诉案例进行实证分析。司法异化的具体表现为不抗主刑，抗附加刑；不抗实体，抗程序；不抗定性，抗量刑；不抗大实体，抗小实体；不抗刑罚，抗赃物处理。并尝试地分析导致二审抗诉标准异化的法内、法外原因。

第四部分，刑事二审抗诉标准的理性回归。提出建议：一要从统一细化标准、完善监督手段、运用量刑建议等方面整合规定内容，弥补立法缺失。二要从科学合理修改基层检察院考评制度、依法实行刑事和解办案机制、建立健全办案风险评估机制、排除行政权力等干预因素等方面完善办案机制，防止司法异化。

关键词：刑事二审；抗诉标准；实证分析

ABSTRACT

As the core of the Protest System, Protest standard is the pivotal issue to evaluate the execution of protest for right and the key to the success of protest .But as always, the fuzzy legislation and the deviation in procuratorial work are the "the puzzles in practice." From the legislative perspective, the "Criminal Procedure law" , judicial interpretation and judicial normative documents have basically established the standard of the protest of criminal appeal trial .But how do the executive condition of the protest standard exactly?How to apply the standard to judicial practice for prosecutors? How to exercise protest for right in the criminal appeal trial properly? There are all problems should be regarded seriously and worth deeply research .

This article contains four parts.

Part I ,The outline of the protest of criminal appeal trial . By comparing related concepts, the article explores the true meaning of protest of the criminal appeal trial ; By comparing the differences between appeal trail, retrial, private prosecution and civil action with criminal case, it confirms the scope of the protest of appeal criminal trial which the article discussing. Also, the author focuses on the comfort functions of the protest procedures in resolving social conflicts of criminal appeal trial

Part II ,The regulations of the protest standard of criminal appeal trial . Discuss the protest standard system of criminal appeal trial from three levels :the law,the judicial interpretation and the judicial normative documents . In addition, the article state that the protest standard of criminal appeal trial should meet four conditions at the same time: the facts should be clear ,the evidence should be reliable and sufficient; the judgment or ruling is mistaken indeed ; protest is justified; protest is necessary.

Part III ,The judicial alienation of the protest standard of criminal appeal trail. Taking a grassroots procuratorate as a sample, the article introduces a large number of handling data and empirical analysis plentiful protest cases . The specific performance of the judicial alienation like to be : resist accessory penalties rather than principal penalty; resist produce rather an entity; resist

sentencing rather than characterization; resist small entities rather than big entities; resist handing stolen goods rather than penalty. And then try to analyze the cause of alienation of the protest standard of criminal appeal trial from the judicial reason and the extrajudicial reason.

Part IV, The rational regression of the protest standard of criminal appeal trial. To table proposals: the first is to coordinate the regulation and makeup the insufficient of lawmaking by unified detailed standards, thorough supervision, using of sentencing recommendations. Second is to prevent judicial alienation, we should modify the examination and assessment system of grass-roots level's procuratorate scientifically, practice the reconciliation working mechanism according to law. We also should establish and improve the mechanism of handling risk assessment, exclude administrative power interference factors to improve the working mechanism.

Key Words: criminal appeal trial; protest standard; empirical analysis

目 录

引 言.....	1
第一章 刑事二审抗诉概述	2
第一节 刑事二审抗诉的概念	2
一、刑事二审抗诉的定义.....	2
二、刑事二审抗诉的对象.....	4
第二节 刑事二审抗诉的功能	5
一、纠错防错功能.....	5
二、统一司法功能.....	6
三、安抚劝慰功能.....	6
第二章 刑事二审抗诉标准的相关规定	8
第一节 刑事二审抗诉标准的规范体系	8
一、法律规定.....	8
二、司法解释.....	8
三、司法规范性文件.....	9
第二节 刑事二审抗诉标准的规范解读	10
一、事实清楚，证据确实、充分的认定.....	10
二、判决、裁定确有错误的认定.....	11
三、抗诉理由充分的认定.....	11
四、有抗诉必要的认定.....	12
第三章 刑事二审抗诉标准的司法异化	13
第一节 司法异化的具体表现	14
一、不抗主刑，抗附加刑.....	14
二、不抗实体，抗程序.....	14
三、不抗定性，抗量刑.....	15

四、不抗大实体，抗小实体.....	17
五、不抗刑罚，抗赃物处理.....	17
第二节 司法异化的原因分析	18
一、法内因素：立法模糊.....	18
二、法外因素：办案机制.....	19
第四章 刑事二审抗诉标准的理性回归	27
第一节 整合规定内容，弥补立法缺失	27
一、统一细化标准.....	28
二、完善监督手段.....	29
三、运用量刑建议.....	29
第二节 完善办案机制，防止司法异化	30
一、科学合理修改基层检察院考评制度，提高抗诉质量.....	30
二、依法实行刑事和解办案机制，有效化解社会矛盾.....	30
三、建立健全办案风险评估机制，减少不和谐社会因素.....	31
四、排除行政权力等干预因素，让抗诉权良好运行.....	33
结 论.....	37
参考文献.....	38

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Outline of the protest of criminal appeal trial	2
Subchapter 1 Concept of the protest of criminal appeal trial	2
Section 1 Definition of the protest of criminal appeal trial	2
Section 2 Object of the protest of criminal appeal trial	4
Subchapter 2 Function of the protest of criminal appeal trial	5
Section 1 The error correction and error prevention function	5
Section 2 The unified judicial function	6
Section 3 The consolation function.....	6
Chapter 2 The regulation of the protest standard of criminal appeal trial	8
Subchapter 1 The normative system of the protest standard of criminal appeal trial	8
Section 1 Law	8
Section 2 Judicial interpretation.....	8
Section 2 Judicial interpretation.....	9
Subchapter 2 The Interpretation of the protest standard of criminal appeal trial	10
Section 1 The facts should be clear and the evidence should be reliable and sufficient	10
Section 2 The judgment or ruling is mistaken indeed.....	11
Section 3 The protest is justified.....	11
Section 4 The protest is necessary	12
Chapter 3 The judicial alienation of the protest standard of criminal appeal trial	13
Subchapter 1 The specific performance of the judicial alienation	14
Section 1 Resist accessory penalties rather than principal penalty.....	14

Section 2	Resist produce rather an entity.....	14
Section 3	Resist sentencing rather than characterization.....	15
Section 4	Resist small entities rather than big entities.....	17
Section 5	Resist handing stolen goods rather than penalty.....	17
Subchapter 2	Analysis of the judicial alienation.....	18
Section 1	The internal legal factors: legislation blur.....	18
Section 2	The external legal factors: handling mechanism.....	19
Chapter 4	The rational regression of the protest standard of criminal appeal trial.....	27
Subchapter 1	Coordinate the regulation and makeup the insufficient of lawmaking.....	27
Section 1	Unified detailed standards.....	28
Section 2	To improve the thorough of supervision.....	29
Section 3	The use of sentencing recommendations.....	29
Subchapter 2	Perfect handling mechanism to prevent judicial deviation.....	30
Section 1	Modify the examination and assessment system of grass-roots level's procuratorate scientifically.....	30
Section 2	In accordance with the law in criminal reconciliation working mechanism, effectively resolve social contradictions.....	30
Section 3	To establish and improve the working risk assessment mechanism to reduce disharmonious social factor.....	31
Section 4	To eliminate interference factors such as administrative power to protest a good run.....	33
Conclusion	37
Bibliography	38

引言

我国实行两审终审制，因而刑事二审程序在整个刑事诉讼中占有重要地位。刑事二审抗诉权是检察机关履行法律监督职责的重要方式之一，检察机关有权启动并全程参加刑事二审程序，其使命值得关注。

在笔者的阅读视野内，大部分论者普遍认为检察机关刑事二审抗诉的运作现状是：重实体、轻程序；重视量刑畸轻、忽视量刑畸重；^①重视主刑、忽视附加刑；^②而且认为抗诉难、改判少；被害人的二审抗诉请求权保护力度不够等等。^③而笔者作为一名从事公诉实务的检察官，通过长期的办案实践却发现，事实不是这样的。

从立法层面看，《刑事诉讼法》及司法解释、司法规范性文件基本确立了刑事二审抗诉标准，但应然抗诉标准的实然运行状态究竟怎样？司法实践中，检察机关到底是如何把握该标准的？刑事二审抗诉权该如何正确行使呢？这些都是值得认真对待并深入考察的问题。立足于司法实践，笔者初步认为，我国检察机关在办理刑事二审抗诉案件的过程中，对刑事二审抗诉标准的把握呈现出明显的司法异化现象，导致“应抗不抗”、“能抗未抗”、或者是“不应抗而抗”。

为了更好地思考和回答立法与实践的冲突问题，笔者以某基层检察院近四年的刑事二审抗诉案件为实证依据，深入分析抗诉法律文书折射出来的有关信息，并访谈多位经办检察官、法官，结合一些办案数据，全面检视影响启动二审抗诉权的相关因素，在此基础上，尝试分析问题存在的原因并从制度设计层面提出对策建议。

^①参见张鑫磊.论刑事二审程序抗诉[J].法制与社会,2011,(2)上: 119.

^②参见黑龙江省人民检察院公诉处.健全工作机制准确把握刑事抗诉条件[J].人民检察, 2006, (5)下: 48.

^③参见白玉改.刑事二审抗诉的规范化研究(硕士学位论文)[D].保定:河北大学,2012.10-12.

第一章 刑事二审抗诉概述

第一节 刑事二审抗诉的概念

如何界定刑事二审抗诉的概念，笔者认为直接给出这个概念并不难，但是只从一个简单的概念出发并不能深入地理解我国刑事二审抗诉制度，只有对相关概念进行比较，层层剖析，由一般到具体，才能准确把握这个概念的真正内涵和本文拟探讨的范畴。

一、刑事二审抗诉的定义

（一）刑事二审程序的定义

根据 2013 年《刑事诉讼法》，《人民检察院组织法》的有关规定，刑事第二审程序，是指对一审人民法院未生效的刑事公诉案件的判决或者裁定，由被告人提起上诉或者由同级人民检察院提出抗诉；或者对未生效的附带民事部分的判决或者裁定，由被告人或者被害人提起上诉；或者对未生效的刑事自诉案件的判决或者裁定，由被告人或者自诉人提起上诉，由上一级人民法院进行重新审理的程序。^①

我国实行两审终审制，二审终审制是我国的基本诉讼制度。两级的审制各有特点，如果说一审的功能在于定纷止争，那么二审的功能更多体现在全面的纠错和改判。

（二）刑事抗诉的定义

刑事抗诉，是指人民检察院认为人民法院的刑事判决或者裁定确有错误，在法律规定的范围内，依照一定的程序要求人民法院对案件进行重新审理的诉讼活动。^②

从这一定义我们可以得出，抗诉是检察机关履行法律监督职责的主要手段。另一方面，抗诉权的本质只是一种改判建议权，对案件的实体处理

^①以前的论者给出的定义大多不全面，笔者自己给出了这个定义。

^②周永年，主编.刑事抗诉重点与方法[M].北京：中国检察出版社，2008.1.

权仍属于人民法院。刑事抗诉制度的约束力和法律后果只属于程序性的，只是直接启动新一轮的诉讼并推动其继续向前发展。

（三）刑事二审抗诉的定义

刑事二审抗诉，是指人民检察院认为同级人民法院未生效的一审判决或者裁定确有错误，在法定的期限内，依法启动二审程序，要求上一级人民法院对案件进行重新审理的法律监督活动。

1、刑事二审抗诉区别于刑事上诉

从程序法原理来看，二审救济为公民防止司法恣意妄断、切实保障自己的人身权利与财产权利提供现实机会。^①

（1）从内容上看，为了当事人的实体性权利得到及时的救济，被告人上诉的范围是比较广泛的，包括自诉和附带民事部分的判决或者裁定。被告人对一审人民法院涉及公民人身权利与财产权利的一审判决和重要裁定均可以提起上诉，要求上级法院进行审查。而抗诉仅限于公诉案件的刑事部分的判决或者裁定，而且必须确有错误。

（2）从程序上看，为了当事人重要的程序性权利得到及时的救济，法律不要求上诉的理由，只要不服裁判即可，也不限制上诉的形式，书面、口头都允许。而抗诉的限制性条件从实体到程序都非常严格，被告人上诉远远易于公诉机关的抗诉。

2、刑事二审抗诉区别于刑事再审抗诉

按照引起审判程序的不同，我国的刑事抗诉可分为刑事二审抗诉（按照上诉程序抗诉）和刑事再审抗诉（按照审判监督程序抗诉）两种。

刑事二审抗诉与刑事再审抗诉虽然都是检察机关履行审判监督职能的重要体现，但是两种不同类型的抗诉还是存在很大区别，反映在针对的对象上：前者针对的对象是人民法院尚未生效的一审判决或者裁定，而后者针对的对象则是已经发生法律效力判决或者裁定，涉及到审判效率、判决既判力、司法权威等问题。因此，过多的、不当的刑事再审抗诉势必会

^①谢佑平.刑事二审程序的功能与检察机关的作用[J].人民检察, 2007, (10): 5.

影响生效裁判的稳定性，损害司法权威和法院的社会公信力，因而人民检察院刑事再审抗诉的标准理应比二审抗诉标准要更为严格，从严掌握。司法实践中，又由于二审程序抗诉案件发起程序相对简单，因而在检察机关办理的抗诉案件当中，比例较大。

二、刑事二审抗诉的对象

刑事二审抗诉的对象不应包括自诉、附带民事诉讼这两类案件。有论者认为，人民检察院在刑事二审抗诉工作中更加青睐公诉案件、主刑案件错误的法律监督，而对于自诉、附带民事两类案件的监督不怎么到位。并对这一现象解释为：一是，公诉案件更加的牵涉公共利益，长期的抗诉工作观念不健全导致检察机关重视公诉案件的监督，忽视自诉案件的监督。二是，刑事诉讼以追究被告人刑事责任为中心，导致附带民事诉讼不能引起检察机关足够的重视，于是附带民事部分的监督就变成了刑事诉讼监督的一个死角。^①

笔者认为，以上解释不合理。检察机关在刑事二审抗诉工作中对于自诉、附带民事这两类案件的“监督不到位”，是诉讼原理及监督无法律依据使然。分析如下：

从诉讼原理看，公诉案件是检察机关提起的，检察机关出庭支持公诉时有指控犯罪和诉讼监督两个职责，从指控犯罪的职责这层意义上讲，也可以认为检察机关是两造之一方，如认为裁决有误，当然有权启动二审程序。而在自诉、附带民事这两类案件的一审中，检察机关不应当也不可能成为两造之一方，当然无权启动二审程序。相反，这两类案件，当事人（不管是被告人还是被害人、自诉人）作为两造之一方，均有权独自对该部分判决或者裁定提出上诉，无需经过检察机关。

从法律和司法性文件规定看，《刑事诉讼法》第99条第2款规定，如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。而最高人民检察院2001年《关于刑事抗诉工作的若干意见》规定，提出抗诉时还应重点审查人民检察院提出的附带民事诉讼部分的判决或者裁定是否符合法律规定。也就是说，人民检察院只能审查

^①参见白玉改.刑事二审抗诉的规范化研究(硕士学位论文)[D].保定:河北大学,2012.19.

其自身为了国家财产、集体财产的利益而提起的附带民事诉讼部分的裁判。

由此，即使自诉、以及不是由人民检察院自己提起的附带民事这两类案件确有错误，检察机关也只能在裁决生效后，通过审判监督程序提出再审抗诉。

综上，通过给刑事二审抗诉下定义，区分了二审抗诉与上诉、再审抗诉；通过明确刑事二审抗诉的对象，排除了自诉、附带民事诉讼这两类案件。由此，确定了本文探讨的刑事二审抗诉的范畴。^①

第二节 刑事二审抗诉的功能

刑事二审抗诉的功能很多，除了可以起到纠错防错、统一司法的这两项最重要的功能，笔者也着重探讨了其作为诉讼程序应有的在化解社会矛盾中的的安抚劝慰功能。

一、纠错防错功能

在审理方式上，我国二审法院实行全面审查原则，可以对全案进行综合、集中审查，因而在很大程度上保障了二审裁判相对较高的正确率。鉴于此，抗诉引起的二审程序也具有纠正一审错误的现实可能性。刑事二审抗诉的这一功能是刑事诉讼公正之审判目的的体现，也是基于权力制约原则进行的制度设计。两次审判比一次审判更有利于确保司法的正确性。^②错误的裁判侵犯当事人的权益，而且违背实体正义、程序正义。为了维护司法公正，为了补救单一级别的判决可能存在的因主客观等各种原因而导致的种种不公正，有必要通过检察机关行使抗诉权来减少和降低裁判错误的几率。

同时，刑事二审抗诉制度对一审裁判未然错误也具有防错功能。由于检察机关行使抗诉权导致二审可能改判并发回重审，所以刑事二审抗诉制度的存在就对一审裁判形成一种实实在在的威慑。一审法官在办案时会认真考虑检察机关和被告人、辩护人的控辩意见，甚至双方都未提及的细节也会加以考虑；一审法官也会在处理疑难案件时着重考虑已经被上级法院

^①基于收集案件材料及寻找访谈对象等方面的考虑，本文也局限于探讨基层检察院提出抗诉的案件。

^②转引自谢佑平.刑事二审程序的功能与检察机关的作用[J].人民检察, 2007, (10): 6

审理过的案件，主动和二审思维趋同，避免错误的发生。由此，如果说启动抗诉程序体现了二审抗诉的“特殊预防”功能，那么这一制度的本来意义使得其具有防止错误裁判出现的“一般预防”功能。

二、统一司法功能

当前，我国各地法治发展水平极不平衡，不同法院可能对同一法律规定存在不太统一的理解。在不断完善立法和司法解释的同时，通过上级司法机关对案件的审查，提供了一个横向考察的平台，通过这个平台，对同类案件的处理结果进行横向比较考量，可以达到在同一区域，同一时期，同类案件，同类判决，以实现法律的统一适用，这也是抗诉程序所具有的功能。

当一般案件和个别案件的错误都能得到纠正、个案公正与整体公正相一致的时候，统一司法功能就出现了。可以说，纠错防错功能是基础，统一司法功能是纠错防错功能的自然延伸，统一司法功能是在纠错防错的过程中实现的。在司法实践中，上级法院还可以通过案例指导制度、颁布地区性的审判指导文件来指导审判和统一法律适用，确保法律规定正确地执行。

三、安抚劝慰功能

首先，检察机关接受当事人请求就是一种理性而宽容的姿态。当事人的水平可能有高有低，对事实的认识也不像法律专业人士那么清楚，提出的理由未必也有理。但是，独立且威严的检察机关能够以理性平和的态度倾听其申请理由，让当事人有机会倾诉，至少会让当事人觉得受到了尊重，并产生对二审程序的参与感。因此，一审案件的被害人通过抗诉请求权申请抗诉，这样的程序设置也会吸收当事人的不满，使其冤情得以倾诉，合法权益得以维护，有利于社会安定。

其次，公正的二审程序能缓解当事人的不满情绪。在诉讼中，“人们至少有理由期望，在作出关系他们的判决之前，法院听取其意见，即他们拥有发言权。某人被允许参与诉讼也表明别人尊重他，即他受到了尊重。”

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库