

刑事抗诉制度改革研究---以刑事诉权理论为切入点 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E5\\_88\\_91\\_E4\\_BA\\_8B\\_E6\\_8A\\_97\\_E8\\_c122\\_486287.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_88_91_E4_BA_8B_E6_8A_97_E8_c122_486287.htm) 【摘要】

刑事抗诉权是检察机关认为法院判决、裁定确有错误而请求法院重新审判的权利，其本质属性是刑事诉权而非法律监督权。现行刑事诉讼法将刑事抗诉权定位为法律监督权不利于保证被告人的合法权益，不利于维护法院判决的稳定性。从诉权的角度解构刑事抗诉权，应当明确区分检察机关对未生效判决的上诉权和对已生效判决的抗诉权，并进行相应的制度建构。

一、刑事诉权概述 诉权是“向法院对一定的人提出诉这种请求的权利”[ ]。具体包括狭义和广义两层含义。狭义的诉权专指民事诉讼上的诉权。广义的诉权不仅包括民事诉讼方面的诉权，也包括刑事诉讼和行政诉讼方面的诉权。不少人对诉权仅作狭义的理解，认为诉权只是民事诉讼法学中的特有概念。实际上，刑事诉讼中同样存在诉权问题。当一个人的行为侵害了他人的合法权益触犯刑律构成犯罪时，公诉机关或被害人正是基于诉权而向审判机关提起公诉或自诉的。所谓刑事诉权，是指犯罪事实发生时，国家法律赋予社会成员或公诉代表（公诉机关）请求审判机关通过审判方式惩罚犯罪和保护合法权益的权利。[ ]与民事诉讼一样，刑事诉讼在本质上是一种解决纠纷的法律装置。“作为人类社会解决纠纷的机制，刑事诉讼与民事诉讼在本质上是相通的，即都是国家司法机关运用司法权来解决当事人之间的争议与纠纷的活动。”[ ]一定的纠纷的存在是民事诉权产生的前提条件，也是刑事诉权产生的基础，“无纠纷即无诉权”。只

是，刑事纠纷是性质最严重的纠纷，是个人与国家之间的纠纷。正因如此，国家将“孤立的个人反对统治关系的斗争”（马克思语）的行为视为犯罪。在国家产生之前，实行“以牙还牙，以血还血”的同态复仇方式，纠纷主要通过自力解决，那时还谈不上诉权。国家的出现，特别是建立了专门的诉讼制度以后，纠纷的解决被纳入公力救济的范畴，因而同时赋予了纠纷主体提起和参加诉讼的权利，即诉权。“如果说，当事人解决纠纷的权利要求在没有诉讼制度以前仍然处于请求权状态的话，在诉讼制度设置，并且当事人自愿向运行诉讼制度的法院提出解决纠纷、保护权利要求时，这种要求就转化为诉讼程序上的权利。诉权正是在纠纷出现的基础上形成的。”[ ] 刑事诉权与民事诉权具有密切的联系，如都以社会纠纷的存在为前提，都是向法院提出请求的权利，都具有启动法院审判程序的功能等等。但刑事诉讼“是以追究犯罪者刑事责任为使命的诉讼形式”[ ]，这决定了刑事诉权与民事诉权既有共同性，又具有自己的特质。其主要特征是：第一，在诉权主体方面，刑事诉权主要由国家专门机关（公诉机关）行使。刑事诉讼的发展，经历了从私人起诉向国家起诉的发展过程。最初，起诉方式是自诉，即被害人自己决定起诉并直接向有关机关控告被告人。由于公民不可避免地会受到恐惧、私欲冷淡等主观因素影响，又加之犯罪日益复杂化，公民依靠个人有限的力量，不具有强制性手段，取得证实犯罪的足够证据十分困难，使得被害人常常自愿或不自愿地放弃追诉犯罪的诉讼权。[ ]在这种情况下，国家设立专门的机关对犯罪进行追诉。刑事诉权也相应地由被害人手中转移到公诉机关手中。目前，一些国家如美国、法

国、日本等已经完全取消了自诉，全部实行公诉。虽然不少国家在法律制度上保留了自诉，但无论是从自诉的案件范围看，还是从自诉的实际运用看，自诉都是作为公诉的补充而存在的。因此，在现代刑事诉讼中，刑事诉权主要由国家设立的专门机关行使。“国家兴讼”，是刑事诉权的一大特征。

第二，在诉的内容方面，民事诉讼中的“诉”涉及的是民事纠纷与民事责任问题，刑事诉讼中的“诉”涉及的是犯罪与刑罚问题。

第三，在诉权行使方面，刑事诉权的处分受到一定的限制。民事诉讼实行当事人意思自治原则，当事人可以随意处分自己的诉讼权利和实体权利，国家尊重当事人对于诉权的处分。在刑事诉讼中，“检察机关是行使属于社会的诉权。检察机关是社会的代表，以社会的名义进行诉讼活动。由于检察机关不是这种诉权的所有人，因此不能象民事诉讼中的原告那样有权任意处分这种诉权。”[ ]检察机关既不能放弃诉权，也不能与被告人进行交易（当然法律有特别规定的除外）。刑事诉权是“构造刑事诉讼活动必不可少的法律因素之一”[ ]，它与犯罪事实、审判机制一起并列为刑事诉讼的构造要素。犯罪事实是刑事诉讼活动作用的对象，它是刑事诉讼活动产生的前提，没有犯罪事实，就无所谓刑事诉讼。对犯罪行为予以刑罚制裁，是刑事诉讼这一国家职能活动的根本任务。但是，国家和社会成员都是彼此相对独立的主体，犯罪行为外在于国家的职权活动范围，体现国家干预职能的审判权并不能直接同犯罪事实发生联系。因此，实现国家对犯罪事实的审判干预以及社会成员对于这种干预的要求，应当有一个恰当的中介，这一中介，就是刑事诉权。刑事诉权的存在，使犯罪事实与国家审判职权活动结

合起来，成为国家同社会成员、犯罪事实连接的纽带。刑事诉权是审判程序启动和延续的前提。现代诉讼坚持控审分立的原则，法官不再像封建时期那样承担控诉和审判的双重职能，而是充当消极的、中立的裁判者，专司审判职能。基于“不告不理”的原则，没有控诉，法官不得主动对案件进行裁判。因此，刑事诉权对启动和延续审判程序具有决定意义。无论是起诉，上诉还是申请再审，只要符合法定条件，法官就必须启动第一审程序、第二审程序及再审程序，而不得无故拒绝。

二、刑事抗诉权的本质是诉权 所谓刑事抗诉，是指人民检察院认为刑事判决、裁定确有错误而提请人民法院对案件进行重新审判的一种诉讼活动。一般认为，刑事抗诉是人民检察院对人民法院审判活动是否合法实行监督的重要手段和方式，“属于法律监督的性质”[ ]。应当说，将抗诉权定性为法律监督权是有法律依据的。我国宪法规定：“人民检察院是国家的法律监督机关”。人民检察院的这一宪政地位决定了法律监督是检察机关的主要职能。如果对法律监督作广义的理解，那么，检察机关所依法实施的全部诉讼活动和非诉讼活动，都是法律监督活动。“这意味着检察机关对国家工作人员和其他特定主体的犯罪的侦查、检察机关对犯罪的批捕、审查起诉、提起并支持公诉。以及执法监督等活动，均属于法律监督活动。”[ ]根据宪法的规定，1996年修正后的刑事诉讼法确立了刑事诉讼的一项基本原则，即第8条新规定的“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督”原则。“对刑事诉讼实行法律监督是人民检察院法律监督的重要内容，为了从立法上完善人民检察院的法律监督职能，与民事诉讼法、行政诉讼法的有关规定相对应，刑诉法修改

明确规定了这一原则。” [11] 笔者认为，将检察机关定位为国家法律监督机关在理论上不是没有问题的，许多学者对检察机关的法律监督地位提出了质疑。检察机关实施的诉讼活动和非诉讼活动，也并非都是法律监督活动。如检察机关对职务犯罪案件的侦查权，就是典型的行政权。对法院判决、裁定的抗诉固然具有一定的法律监督性质，但其本质属性也不是法律监督。如果把抗诉理解为法律监督，那么，被告人上诉为什么就不是法律监督？实际上，被告人的上诉与检察机关的抗诉都具有引起二审程序的效力，二者并没有本质的区别。“无论是抗诉还是上诉，其功能都在于启动上一审级的审判，没有实质性的区别。” [12] 我们认为，刑事抗诉权具有刑事诉权的基本特征，其本质属性不是监督权，而是一种诉权。这是由于：刑事抗诉权是一种司法请求权，这符合诉权的司法请求权的特征。刑事抗诉权是检察机关认为判决、裁定“确有错误”时，向法院提出的重新审理请求。至于判决、裁定是否“确有错误”，则须通过法院再审才能予以确定。因此，刑事抗诉权仅仅具有启动法院再审程序的效力，并不必然引起法院对判决、裁定本身的改判，即不必然引起实体性的法律后果。

### 三、我国刑事抗诉的两种形式及相关问题

根据抗诉对象的不同，我国法律设计了两种刑事抗诉形式：即第二审程序的抗诉（对未生效判决、裁定的抗诉）和审判监督程序的抗诉（对已生效判决、裁定的抗诉）。下面分别进行论述。

#### （一）第二审程序的抗诉

刑事诉讼法第181条规定：地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。由于这种抗诉是检察机关依照第二审程序对第一审尚未发

生法律效力的判决、裁定提出的，法院依照第二审程序进行审理的，因此称为第二审程序的抗诉（或上诉程序的抗诉）。一般认为，第二审程序的抗诉与被告人的上诉相比，二者的性质和目的是“截然不同”的[13]。上诉是被告人行使诉讼权利的表现。而抗诉则具有“法律监督”性质，是检察机关对法院审判活动是否合法实行监督的一种重要形式。从目的和作用看，上诉是为了保护被告人的合法权益，而抗诉则是为了纠正错误的裁判，维护法律的统一、正确实施。正因为二者的性质和目的各异，所以诉讼效果也有所不同。对于检察机关抗诉的案件，第二审人民法院必须开庭审理。但对于被告人上诉的案件，第二审人民法院经过阅卷，讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，对事实清楚的，可以不开庭审理。对于被告人上诉的案件，第二审人民法院必须遵循上诉不加刑原则，即不得加重被告人的刑罚，但检察机关提出抗诉的，第二审人民法院则不受此原则的限制。我们认为，从诉权的角度分析，第二审程序的抗诉与被告人的上诉都是诉权的表现形式。之所以将检察官的上诉称为抗诉，以区别于被告人的上诉，这与我国长期存在的“重打击犯罪，轻人权保障”的思想观念有关。为了实现惩治犯罪的目标，我国过度地强化国家机关的职能作用，忽视被告人的人权保障，造成控辩之间的不平等。控辩平等是司法公正的基础。但在我国，公诉人与被告人并不处于对抗的平等地位，人民检察院在刑事诉讼中行使公诉权和法律监督权，公诉人的身份和职责决定了其与被告人的地位是不平等的。[14]同样是对第一审法院作出的判决不服，检察机关的称为“抗诉”（这显然具有某种权力色彩），当事人的称为

“ 上诉 ” ，对于自己认为不正确的判决，当事人“ 抗 ” 一下可不行，只有国家机关才能“ 抗 ” 。“ 这种术语的应用本身就体现了将官置于民之上的不平等意识 ” 。 [15] （二）审判监督程序的抗诉 刑事诉讼法第205条规定，最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力判决和裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。由于这种抗诉是检察机关按照审判监督程序对已经发生法律效力判决和裁定提出的，法院按照审判监督程序对案件进行审理的，因此称为审判监督程序的抗诉。审判监督程序的抗诉与第二审程序的抗诉虽然都是针对确有错误的判决、裁定提出的，并以纠正这种错误为目的，但由于审判监督程序的抗诉是对已经发生法律效力判决、裁定提出的，涉及到判决的既判力及司法的权威性等重大问题，故法律对这种抗诉在提起主体、提起程序、提起期限、审理程序等方面都作了有别于第二审程序的抗诉的规定。相对于西方国家而言，我国检察机关的刑事抗诉权具有广泛而全面的特点。既可以对有罪判决提起抗诉，也可以对无罪判决提起抗诉；既可以对事实问题提出抗诉，也可以对法律问题提出抗诉；既可以提出有利于被告人的抗诉，也可以提出不利于被告人的抗诉，等等。赋予检察官如此广泛的抗诉权，主要是由于：第一，我国检察机关是法律监督机关，“ 抗诉 ” 被视为检察机关行使“ 法律监督权 ” 的一种法定方式。第二，我国刑事诉讼坚持“ 实事求是、有错必纠 ” 的指导思想，“ 即使判决、裁定已经发生法律效力，但一经发现有错误，不论是在认定事实上，还是在适用法律上，也不论是对原被告人有利

的，还是不利的，都要通过审判监督程序重新审理，加以纠正，从而使无辜者得到平凡昭雪，轻纵的罪犯受到应得的惩罚，这就从法律上有力地保证这一方针的实现。” [16] 正是由于上述因素，我国检察官的抗诉权几乎不受任何限制和制约。对已生效的判决，检察官行使抗诉权既没有期限也没有次数的限制。因为如果明确规定了提起抗诉的期限，必然导致在抗诉期限外发现的错误的生效裁判将无法通过司法途径进行弥补和纠正，而这是对我国刑事诉讼一贯遵循的“实事求是、有错必纠”原则的违反，是我国传统的刑事司法观念所不能容忍和接受的。因此，司法实践中，检察官一旦认为某个生效裁判在认定事实或适用法律上存在错误，就可随时随地地提起抗诉。这种不受限制的抗诉权所产生的不良后果是显而易见的：一是造成法院判决的不确定性，削弱法院既判力，损害司法权威；二是造成被告被重复追诉，面临两次或者多次危险，加重了被告人的讼累；三是耗费了大量的司法资源，不利于实现诉讼经济化。

#### 四、我国刑事抗诉制度的分解与重构

（一）改革的总体思路

1. 检察机关的刑事抗诉权本质上是诉权而非法律监督权。无论是对未生效判决、裁定的抗诉还是对已生效判决、裁定的抗诉，其功能都在于启动法院审判程序，并不从实体上解决被告人的犯罪与刑事责任问题，与公诉权并无二致。
2. 检察官提出抗诉，主要在于纠正原判决的错误，维护法律权威和被告人的合法权益。
3. 基于上述观点，我们建议，修改刑事诉讼法，对现行刑事抗诉制度进行分解和重构。即，对于未生效判决，检察官与被告一样，拥有同等的上诉权；对于已生效判决，检察官享有申请再审的权利（我们仍称之为抗诉权），但应受到严格的控



制。（二）检察官刑事上诉权的制度建构如前所述，刑诉法规定检察机关对未生效判决有权提出抗诉，而不是上诉，这实质是控辩不平等的体现。因此，有必要将检察机关对第一审判决、裁定的抗诉改为上诉。因为检察机关在刑事诉讼中的职能主要是控诉职能，而非法律监督职能。同时，这种“上诉”的表现形式有利于弱化人民检察院诉讼活动的职权主义倾向，保证控辩双方在诉讼权利上的对等和均衡。[17]关于检察官刑事上诉权的制度框架，主要包括：（1）检察官的上诉权，原则上与被告人同等，并且遵循同样的上诉程序。（2）检察官提出的上诉，既可以针对事实问题，也可以针对法律问题。既可以有利于被告人，也可以不利于被告人。法院对于检察官提出的上诉，可以不受“上诉不加刑原则”的限制。（3）检察官提出上诉后，在上诉期限届满之前，有权撤回。但有利于被告人的上诉，必须经过被告人的同意，方可撤回。撤回上诉后，检察官不得再行上诉。（三）检察官刑事抗诉权的改革完善 法院判决一旦生效，就产生一种已决的法律效力，这就是“既判力”。一般情况下，既判的事实应当视为真实，不论其正确还是错误，任何法院或法官都不能将其推翻。为保障判决的既判力，许多国家都规定，在法院已经作出生效裁判之后，公诉机关不得再对此案件启动新的审判程序，法院也不得再对之重复评价，进行新的审理和裁判，即一事不再理。确立一事不再理原则，是维护“法安定性”即法律状态的稳定性的必然要求。如果法没有一定的安定性，法律权威就难以确立，秩序价值就难以实现。“一事不再理原则最重要的着眼点，即在于维护秩序的稳定和社会及法律的安宁，是在一定条件下追求实体真实价值

目标让位于法的安定性价值的结果。” [18] 我国宪法、刑事诉讼法及其他相关法律都没有规定一事不再理原则。但我国已经批准加入的联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第7项规定，任何人依一国法律及刑事程序经终局判决判定有罪或无罪开释者，不得就同一罪名再予审判或判刑。为了善意履行国际公约，加强对被告人的人权保障，促进检察权的优化配置，有必要进一步完善对已生效刑事判决的抗诉制度。（1）关于提起抗诉的目的，应当从纠错到救济。目前，我国检察机关提起抗诉的目的，主要在于“有错必纠”，即纠正法院的错误裁判，注重追求实质正义。将法的真实性置于法的安定性之上，因而导致片面突出再审的纠错功能，忽略了再审的救济功能。追求案件真相固然是刑事诉讼的目的，但不是唯一目的。如果刑事诉讼仅以追求案件真相而存在，那么，设置完美的诉讼程序就显得毫无意义。因此，刑事诉讼不仅追求实体正义，更重要的是要注重人权保障。为纠正法院错误判决，实现实体正义，对被告人反复发动追诉和审理，造成被告人面临二次或多次危险，这固然有利于实现实体正义，但因此造成法院判决的不确定性，极大地动摇了人们对司法的信心。为切实地维护被告人的权益，原则上应允许检察官只能提出有利于被告人的抗诉，不利于被告人的抗诉应当受到严格限制。对于无罪判决，即使检察机关发现了被告人实施犯罪的证据，也不得提起抗诉。对有利于被告人的抗诉，法院不得加重被告人的刑罚。（2）关于提起抗诉的主体，刑诉法第205条规定，最高人民检察院对各级人民法院，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力

定抗诉由上级检察机关提起，固然可以发挥上级检察机关的优势，保证抗诉的质量，但这有违司法亲历性的要求。对于最高人民检察院来说，地方各级人民法院每年审判的案件成千上万，要对其一一进行审查并对“确有错误”的裁判提起抗诉恐怕是天方夜谭。实践中，抗诉主要还是由地方各级人民检察院发现并提起，最高人民检察院提起抗诉的案件寥寥无几。其实，法院裁判是否公正，是否“确有错误”，直接办案的同级检察机关最有发言权。因此，我们建议，赋予各级检察机关对本级人民法院已生效裁判提出抗诉的权力，这样可以更好地维护法制权威和被告人的权益。同时，鉴于被告人是法院判决的直接承受者，与法院判决具有法律上的利害关系，是合格的诉权主体，应当赋予被告人对已生效裁判申请再审的权利。（3）关于提起抗诉的理由，刑诉法的规定是判决、裁定“确有错误”。何谓“确有错误”？刑诉法没有明确规定。最高人民检察院发布的《人民检察院刑事诉讼规则》第406条规定，已经发生法律效力的判决、裁定具有下列情形之一的，应当提出抗诉：有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；原判决、裁定适用法律确有错误的；审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿、徇私枉法、枉法裁判行为的。上述关于检察机关提起抗诉的理由，有三个特点，一是具有先定后审的特点。对于法院生效裁判是否确有错误，应当通过再审才能最终确定，检察机关在再审之前就作出“确有错误”的认定，直接导致了“先定后审”，造成了人们对司法公正的疑虑。二是体现出重实体，轻程序的倾向，对于法院违反诉讼程

序作出判决能否提起再审，没有规定；三是较为原则和抽象，缺乏可操作性。如关于“新的证据”方面，既没有判断证据新旧的标准，也没有判断新证据的确实性标准，也没有规定新证据发现的时间与生效裁判的时间距离。[19]建议借鉴国外的做法，对检察机关提起抗诉的理由，包括有利于被告人的抗诉和不利于被告人的抗拒理由分别作出具体的、明确的规定。（4）关于提起抗诉的时间和次数。如前所述，我国刑事诉讼法基于“有错必纠”的指导思想，对抗诉的期限和次数均没有作出规定，导致对被告人的反复追诉和审判。为了充分保障被告人的权益，有必要对抗诉的期限和次数作出规定。对有利于被告人的抗诉，可以不受时间限制；对不利于被告人的抗诉，则应在刑法规定的追诉时效届满前提出。对于抗诉的次数，应以二次为限。【注释】段明学（1973？），男，四川安岳人，法学硕士，重庆市北碚区人民检察院研究室副主任。研究方向：政治学、刑诉法与检察制度。[ ]《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第564页。[ ]孙洁冰主编：《刑事诉讼法学》，重庆大学出版社1996年版，第18页。[ ]汪建成、祁建建：《论诉权理论在刑事诉讼中的导入》，载《中国法学》2002年第6期。[ ]李祖军、蔡维力主编：《民事诉讼法学》，重庆大学出版社2003年版，第41页。[ ]徐静村主编：《刑事诉讼法学》（上），法律出版社1997年版，第4页。[ ]金明焕：《比较检察制度概论》，中国检察出版社1993年第2版，第15页。。[ ][法]卡斯东·斯特瓦尼等著：《法国刑事诉讼法精义》（上），中国政法大学出版社1999年版，第132页。[ ]孙洁冰主编：《刑事诉讼法学》，重庆大学出版社1996年版，

第18页。 [ ]陈光中主编：《刑事诉讼法学（新编）》，中国政法大学出版社1996年版，第387页。 [ ]徐静村主编：《刑事诉讼法学》（上），法律出版社1997年版，第151页。

[11] 最高人民法院法律政策研究室编著：《关于修改 中华人民共和国刑事诉讼法 的决定学习纲要》，中国检察出版社1996年版，第32页。 [12] 陈兴良：《从“法官之上的法官”到“法官之前的法官”??刑事法治视野中的检察权》，来源：北大法律信息网“陈兴良文集”。 [13] 廖俊常主编：《刑事诉讼法》，四川人民出版社1991年版，第298页。 [14] 最高人民法院法律政策研究室编著：《关于修改 中华人民共和国刑事诉讼法 的决定学习纲要》，中国检察出版社1996年版，第36页。 [15] 张建伟：《刑事司法体制原理》，中国人民公安大学出版社2002年版，第409页。 [16] 陈光中主编：《刑事诉讼法学（新编）》，中国政法大学出版社，1996，第420页以下。 [17] 徐静村主编：《21世纪中国刑事程序改革研究》，法律出版社2003年版，第141?142页。 [18] 宋英辉、李哲：《一事不再理原则研究》，载《中国法学》2004年第5期。 [19] 谭淼、韩阳：《刑事诉讼再审理由之理性分析》，载樊崇义主编《诉讼法学研究》（第二卷），中国检察出版社2002年版，第195页。 【出处】原载《成都理工大学学报（社会科学版）》2007年第1期 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)