

【刑事诉讼法学】

# 刑事二审的改判理由与功能检验

涂龙科

**【摘要】**从判决书中提取的数据显示,刑事二审实践中共有41个据以改判的理由。在改判理由分类基础上的数据回归分析显示,二审改判中的一审控制因素比二审期间发生因素更大幅度地改变一审的刑期,但二审期间发生因素能显著地提高二审改判缓刑的几率。二审程序虽然程序要素不充分,但实质上发挥了纠错功能;二审程序虽然在客观上发挥了解释法律、统一法律适用的功能,但限于形式主义甚至机械主义的法律适用范畴。刑事和解、被告人谅解在41个改判理由中占比最高,法律因素和事实因素之外的其他因素导致改判缓刑的概率最大。刑事诉讼法修改之后,二审程序解决纠纷的功能得到进一步强化和凸显,二审功能呈现明显的法律现实主义色彩。

**【关键词】**刑事二审;改判;二审功能;法律现实主义;数据回归分析;刑事诉讼法

**【作者简介】**涂龙科,上海社会科学院法学所研究员、博士生导师,上海市杨浦区人民检察院副检察长。

**【原文出处】**《东方法学》(沪),2022.3.145~159

**【基金项目】**本文系叶必丰教授主持的2019年上海社会科学院法学所“法治中国的司法指数研究”课题阶段性研究成果。

## 一、问题提出

刑事二审程序饱受诟病久矣。由于案件请示报告制度盛行、侦查案卷裁判主义影响、发回重审制度的过度适用等原因,刑事第二审程序形同虚设,几乎已经成为刑事诉讼法学界的共识。<sup>①</sup>肯定刑事二审流于形式的观点,一般基于刑事二审改判率过低、刑事再审的改判率过高两组数据,推论二审没有发挥应有的功能从而虚置化。<sup>②</sup>实际上,再审的改判率数据没有说服力。众所周知,再审与二审不同,再审查案需要事先审查,符合“已经发生法律效力判决和裁定,如果发现在认定事实或者在适用法律上确有错误”的实质条件才能启动程序。该观点的逻辑漏洞在于,缺乏二审案件审结数与再审案件立案数(指经过二审的再审案件)的比例数据,单独的再审改判比例数据不足为凭。但诡异的是,否定二审流于

形式的学者,基于同样的改判和发回重审数据,<sup>③</sup>认为我国刑事二审程序对一审判决和裁定,进行了有效的监督,发挥着重要的作用。<sup>④</sup>更有实务部门人士认为无论是观察典型个案,还是基于统计数据,都表明刑事二审程序在司法实践中出现执行异化,呈现“无界化”的倾向和弊端,造成司法腐败、效率低下、初审判决权威受损等多种危害。<sup>⑤</sup>言下之意,他们认为二审程序不是流于形式,而是对一审判决干预太多、监督泛化。刑事二审程序运行的实际情况究竟如何?是确实存在理论界质疑的形式化,还是实务部门指责的改判趋于泛化?二审对一审的监督是过多还是太少,二审是否发挥了应有的纠错、统一法律适用、程序公正功能,尚待明确。

改判状况是观察二审程序功能的重要窗口,但单纯依据停留于表象的二审改判比例来推导出二审

程序的功能定位与作用发挥的逻辑进路,值得质疑。首先,理论上并无确定的数值标准来界定二审改判比例与二审功能发挥的对应关系。无法论定二审改判比例是在10%还是15%时,其功能发挥是好抑或不好。其次,国内外的改判比例的横向比较也不足以证立结论。数据显示,从2001年至2015年,美国上诉法院的刑事上诉案件改判率处于5%至10%之间,平均为6.39%。<sup>⑥</sup>有学者据此认为,该数据可以证明我国刑事二审的监督、纠错功能发挥良好。单从数字上看,我国同期的二审改判比例确实要高于美国。但是两国的司法体制、审理范围、二审功能都不完全相同,不能简单类比。因此该论证并不具有说服力。刑事二审程序的监督、纠错功能的作用发挥,有必要另辟蹊径加以证明。其中,具体鉴别、分析二审改判的理由是一种更加深入、有力的考察路径。如果二审程序在实质上审查一审判决,并主要通过否定一审事实认定与法律适用纠正一审错误判决,则二审程序的监督、纠错功能得以实现。反之,则不然。

现有研究关于刑事二审程序是否注重法律适用、发挥应有的统一法律解释的公共目的性功能的论证,同样略显空泛而武断。较多的观点认为,二审审判活动都紧紧围绕被告人的定罪量刑问题而展开,以便确保眼前的刑事案件能够得到公正的处理,而很少顾及其裁判结果对未来审判的指导和影响,以及如何满足社会不断发展的需要,进而发挥法律解释、法律创制或者政策制定等规则治理功能。<sup>⑦</sup>有学者甚至认为:“在我国司法实践中,二审法院一般只重视事实的认定和定性问题;至于法律的解释问题,二审法院几乎持一种旁观者的心态,或是等待最高人民法院的司法解释,或者凭办案法官对于法律的理解径行判案而不作充分、详细的论证和说明。”<sup>⑧</sup>该问题无法通过概念分析或者逻辑推演来解决,只能采用改判理由分类之后实证分析的方式来考察其实践逻辑和运行状态,从而明确二审审理的重点是倾向法律适用还是事实认定。同时,可知司法实践中在传统的事实认定、法律适用之外,二审程序是否

有其他关注点、衍生其他新功能? 这些问题都可以通过二审改判理由的实证研究加以明确。

本文拟采用实证研究方法,通过分析二审改判的理由来考察刑事二审程序的功能发挥及其实践定位,具体拟考察分析以下三个问题:(1)刑事二审实践中改判的具体理由及其分布情况。(2)刑事二审程序是否对一审判决发挥了监督、纠错功能?(3)二审倾向于以法律适用还是事实错误改变一审判决? 二审程序是否发挥了统一法律适用的功能? 在传统功能之外,是否具有新的功能延伸?

## 二、研究方法

### (一)数据来源

刑事二审程序又称上诉审程序,是指由于刑事诉讼的当事人不服第一审法院未生效的第一审裁判而在法定期间内向上一级人民法院提起上诉而引起的诉讼程序。二案发回重审之后,被告人再次上诉或检察院抗诉的导致二审改判的,计入本研究范围。凡属于二审法院基于本文归纳的改判理由中的一个或几个而对一审裁判作出变更的,都认为是发生了二审改判。<sup>⑨</sup>

本研究数据来源于全国各省市中级人民法院以及各直辖市基层人民法院2017年审结案件,<sup>⑩</sup>案件材料来自北大法宝公司。<sup>⑪</sup>基于研究数据的典型性和统计科学性需要,二审案件罪名选取放火罪、故意杀人罪、抢劫罪、强奸罪、故意伤害致人重伤或死亡、爆炸罪、绑架罪、投毒罪、组织、领导、参加恐怖组织罪、组织、领导、参加黑社会性质组织罪、走私、贩卖、运输、制造毒品罪、组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪;以及聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、赌博罪、开设赌场罪、侵犯著作权罪、受贿罪、盗窃罪(入室盗窃型)、诈骗罪(电信诈骗型)、交通肇事罪等21个罪名。其中既包括故意杀人、放火、抢劫、绑架等严重危害人身安全的犯罪,也有盗窃罪(入室盗窃型)、诈骗罪(电信诈骗型)、交通肇事罪等常见多发、频率较高的犯罪;既涵盖故意伤害、强奸等自然犯,也包括侵犯著作权、开设赌场等法定犯;既有聚众斗殴罪、寻衅滋事罪等非身份犯,也有受贿罪等身份。

北大法宝公司初始获取的裁判文书为55903份,其中筛选出二审裁判文书的有6579份。经过三轮专家人工筛选,将其中维持一审原判、裁定发回重审、撤回上诉、撤回抗诉,以及主刑刑种中出现无法量化指标的判决书(如被告人被判处死刑、无期徒刑)<sup>⑩</sup>予以删除,最后确定有效样本为5027份判决书,共计6406名被告人。其中,实际发生改判的被告人数为5330人,有1076名被告人没有改判。5330名被告人涉及改判理由共5790个,其中一个改判理由的有4917人次,两个改判理由的736人次,有三个改判理由的129人次,有四个改判理由的8人次。<sup>⑪</sup>研究人员依据二审判决书调取相应的一审判决书,再采用人工审读判决书的方式分别提取被改判被告人的一审、二审数据,通过对比一审结果与二审结果,来确定改判的幅度与刑种变化情况。

## (二)变量设置

### 1. 因变量

通过比较二审判决书与一审判决书,发现二审改判涉及罚金、刑种、刑期、刑罚执行方式(缓刑)、<sup>⑫</sup>罪名等多个维度。为了便于从定量角度开展研究,本文将聚焦刑期、罚金和刑罚执行方式(缓刑)三个可变量。

刑期改判,刑期操作化为刑期判罚时间的变化量,以月为单位,连续变量。出于研究中统一量化的需要,刑期包括管制、拘役、有期徒刑三个刑种的判罚期限,不包括无期徒刑和死刑。<sup>⑬</sup>其中,只有一个罪名的样本,以针对该罪名判罚的刑期为准;涉及数罪并罚的样本,则以数罪并罚确定的刑期为准。

罚金改判,罚金改判操作化为罚金判决数量的变化,以元为单位,连续变量。其中,只有一个罪名的样本,以该罪名判罚的罚金为准;涉及数罪并罚的样本,则以数罪并罚的罚金为准。

缓刑改判,缓刑改判操作化为缓刑的有无以及缓刑执行时间的变化,以月为单位,连续变量。涉及数罪并罚的样本,缓刑以宣告执行确定为缓刑的为准。

### 2. 自变量

改判理由:根据判决书的实际记载,以人工审读判决书的方式梳理出41个具有排他性(详见注释中的自变量说明)的改判理由,<sup>⑭</sup>包括(1)一审主犯、从犯认定错误;<sup>⑮</sup>(2)一审数额认定错误;(3)应当判缓刑而未判的;(4)附带民事判决中事实、数额认定错误;(5)发现新证据;(6)一审罪名认定错误;(7)一审后法律规定发生变化;(8)刑事和解或被害人谅解;(9)自首认定错误;(10)立功认定错误;(11)一审量刑过重;(12)一审量刑过轻;(13)二审认定成立中止犯而改判;(14)二审认定成立防卫过当而改判;(15)二审认定为胁从犯而改判;(16)二审认定为又聋又哑的人或者盲人犯罪而改判;(17)二审认定为预备犯而改判;(18)二审认定为已满14周岁不满18周岁的犯罪而改判;(19)二审认定为精神病人犯罪而改判;(20)二审认定为未遂犯而改判;(21)二审认定为教唆不满18周岁的人犯罪而改判;(22)二审认定为累犯而改判;(23)坦白认定错误;(24)积极缴纳罚金、追回赃款;(25)适用附加刑错误;<sup>⑯</sup>(26)情节加重犯认定错误;<sup>⑰</sup>(27)结果加重犯认定错误;(28)刑期计算错误;<sup>⑱</sup>(29)判决书笔误;<sup>⑲</sup>(30)数罪并罚不当;(31)证据不足;<sup>⑳</sup>(32)一审无罪二审改判有罪;(33)其他适用法律不当;<sup>㉑</sup>(34)程序不当;<sup>㉒</sup>(35)追溯时效错误;(36)遗漏定罪或量刑情节;(37)违法所得认定不当;(38)扣押物品处理错误;(39)其他一审事实认定不清或错误;<sup>㉓</sup>(40)二审期间立功;(41)二审期间坦白。

改判理由发生时间:由于一审和二审之间总会存在时间上的间隔,意味着二审改判的理由既可能是针对一审期间就已经存在的事实或法律问题(属于一审控制因素),也可能是一审后出现了新的证据或发生了新的法律或事实变化(属于二审期间发生因素)。本研究根据改判理由发生的时间,将改判理由分为一审控制因素和二审期间发生因素两类。其中,二审期间发生因素包括41项改判理由中的6个(发现新证据;法律规定发生变化;刑事和解或被害人谅解;积极缴纳罚金、追回赃款;二审期间立功;二审期间坦白),其余的35个均属于一审控制因素。

改判理由属性:依据我国刑事诉讼法规定,一审事实认定或适用法律错误,是二审据以改判的两种基本情形(本文中不包括撤销原判,发回原审人民法院重新审判的情形)。本研究将41个改判理由依据其本身属性分为事实认定因素、法律适用因素和可能包括事实认定和法律适用的潜在双重因素,<sup>⑤</sup>以及其他因素。其中:(1)事实认定因素。其包括“附带民事判决部分事实、数额认定错误”“二审认定为又聋又哑的人或者盲人犯罪而改判”“二审认定为已满14周岁不满18周岁的犯罪而改判”“二审认定为精神病人犯罪而改判”“二审认定为教唆不满18周岁的人犯罪而改判”“证据不足”“其他一审事实认定不清或错误”“发现新证据”“二审期间立功”“二审期间坦白”等10类理由。(2)法律适用因素。其包括“应当判缓刑而未判的”“一审罪名认定错误”“一审量刑过重”“一审量刑过轻”“适用数罪并罚不当”“其他适用法律不当”“追溯时效错误”“遗漏定罪或量刑情节”“违法所得认定不当”“扣押物品处理错误”“适用附加刑错误”“一审无罪二审改判有罪”“一审后法律规定发生变化”等13类改判理由;(3)潜在的双重因素。<sup>⑥</sup>其包括“一审主犯、从犯认定错误”“一审数额认定错误”“自首认定错误”“立功认定错误”“二审认定成立中止犯而改判”“二审认定成立防卫过当而改判”“二审认定为胁从犯而改判”“二审认定为预备犯而改判”“二审认定为未遂犯而改判”“二审认定为累犯而改判”“坦白认定错误”“情节加重犯认定错误”“结果加重犯认定错误”等13类改判理由。(4)其他因素。“刑事和解或被害人谅解”“积极缴纳罚金、追回赃款”“刑期计算错误”“判决书笔误”“程序不当”5种改判理由不属于传统的法律与事实问题,归入其他因素。

由于潜在的双重因素既可能是事实认定因素,也可能是法律适用因素或者确定的双重因素(不是潜在的双重因素),需要进一步鉴别。研究人员通过人工审读判决书的方式,明确潜在双重因素的具体实际属性,再归属到其实际类别中。在此基础上,本研究将改判理由属性操作化为事实认定因素、法律适用因素、双重因素以及其他因素,为虚拟变量。

### 3. 控制变量

在刑事诉讼中,被告人是单独个体赤手空拳地对抗国家机器。相比之下,在诉讼中另一方的检察院,代表国家行使公诉权。我国公、检、法三机关的法律关系,与域外法治国家的规定确有不同。<sup>⑦</sup>检察机关与审判机关是“分工负责、互相配合、互相制约”的工作关系,且检察机关还承担着法律监督的职能。检察院代表国家在二审中提起抗诉对法官判决形成的压力和影响,与被告人相比,不可同日而语。<sup>⑧</sup>同时,被告人上诉的二审案件受到“二审不判刑”原则的约束,检察院抗诉的案件则不受此限。二审程序的启动主体的差异对二审改判结果的影响显而易见。因此,本研究在数据分析与处理过程中,将二审启动主体作为控制变量放入方程。

二审启动主体:在本研究中,二审启动主体操作层面分为检察院提起、同时提起(检察院与被告人同时提起)和被告人提起三类,为虚拟变量。

#### (三) 变量描述性分析

数据提取结果显示,以被告人为统计标准共提取到6406个样本,由于不同案件、不同被告人判决书记载的差异以及部分样本存在缺失数据,因此不同变量的有效样本数有较小差异。在控制变量上,二审启动主体的有效样本为6399个,其中二审启动主体中没有检察院的有5361个,占比83.7%;检察院和被告人同时启动二审的有370个,占比5.8%;检察院单独提起二审抗诉的为668个,占比10.4%。在自变量上,改判理由发生时间的有效样本5108个,其中一审控制因素为3903个,占比76.4%;二审期间发生因素有1205个,占比23.6%。改判理由属性的有效样本5330个,其中事实认定因素有1124个,占比21.1%;法律适用因素有2997个,占比56.2%;双重因素有232个,占比4.4%;其他因素有977个,占比18.3%。在因变量上,二审改判刑期变化量(月)的有效样本为6314个,最小值为-200,最大值为180,均值为-7.77,标准差为21.44。二审改判罚金变化量(元)的有效样本为6048个,最小值为-4975000,最大值为3000000,均值为-8545.48,标准差为128900.97。

二审改判缓刑变化量(月)的有效样本为6330个,最小值为-60,最大值为60,均值为3.51,标准差为14.04。具体如下表1所示。

### 三、结果与分析

#### (一)二审改判理由分布及其重要性排名

表2所列为样本中被告人的二审改判理由的分

布情况。如表2所示,二审改判的理由分布很不集中,其中出现频次最高的改判理由为“刑事和解、被害人谅解”,占比为14.4%。部分改判理由虽然在二审判决中有所显现,但实际涉及的被告人非常少,如“二审认定教唆不满18周岁的人犯罪”,仅有2人。从高到低,排在前五位的改判理由分别为“刑

表1 主要变量的分布情况

变量名称	频率	百分比	变量名称	频率	百分比
提起诉讼主体(n=6399)			改判理由属性(n=5330)		
无检察院	5361	83.7	事实认定因素	1124	21.1
同时提起	370	5.8	法律适用因素	2997	56.2
检察院	668	10.4	双重因素	232	4.4
改判理由发生时间(n=5108)			其他	977	18.3
一审控制因素	3903	76.4			
二审期间发生因素	1205	23.6			
变量名称	N	最小值	最大值	均值	标准差
二审改判刑期变化量(月)	6314	-230	180	-7.77	21.44
二审改判罚金变化量(元)	6048	-4975000	3000000	-8545.48	128900.97
二审改判缓刑变化量(月)	6330	-60	60	3.51	14.04

表2 二审改判理由的分布情况(N=6406)

序号	改判理由	频率	百分比	序号	改判理由	频率	百分比
1.	一审主犯、从犯认定错误	266	4.2	21.	二审认定为教唆不满18周岁的人犯罪而改判	2	.0
2.	一审数额认定错误	318	5.0	22.	二审认定为累犯而改判	97	1.5
3.	应当判缓刑而未判	309	4.8	23.	坦白认定错误	123	1.9
4.	附带民事判决部分事实、数额认定错误	305	4.8	24.	积极缴纳罚金、追回赃款	240	3.7
5.	发现新证据	147	2.3	25.	适用附加刑错误	76	1.2
6.	一审罪名认定错误	371	5.8	26.	情节加重犯认定错误	74	1.2
7.	一审后法律规定出现变化	44	.7	27.	结果加重犯认定错误	5	.1
8.	刑事和解或被害人谅解	921	14.4	28.	刑期计算错误	29	.5
9.	自首认定错误	449	7.0	29.	判决书笔误	7	.1
10.	立功认定错误	149	2.3	30.	数罪并罚不当	11	.2
11.	一审量刑过重	880	13.7	31.	证据不足	29	.5
12.	一审量刑过轻	161	2.5	32.	一审无罪二审改判有罪	5	.1
13.	二审认定成立中止犯而改判	12	.2	33.	其他适用法律不当	104	1.6
14.	二审认定成立防卫过当而改判	4	.1	34.	程序不当	10	.2
15.	二审认定为胁从犯而改判	1	.0	35.	追溯时效错误	1	.0
16.	二审认定为又聋又哑的人或者盲人犯罪而改判	2	.0	36.	遗漏定罪或量刑情节	4	.1
17.	二审认定为预备犯而改判	7	.1	37.	违法所得认定不当	38	.6
18.	二审认定为已满14周岁不满18周岁的人犯罪而改判	7	.1	38.	扣押物品处理错误	126	2.0
19.	二审认定为精神病人犯罪而改判	8	.1	39.	其他一审事实认定不清或错误	254	4.0
20.	二审认定为未遂犯而改判	82	1.3	40.	二审期间立功	109	1.7
				41.	二审期间坦白	3	.0

事和解或被害人谅解”(14.4%)、“一审事实认定清楚、证据确凿,但量刑过重”(13.7%)、“自首认定错误”(7.0%)、“一审罪名认定错误”(5.8%)、“一审数额认定错误”(5.0%)。

控制二审启动主体后,41个改判理由对二审改判刑期、罚金、缓期变化影响的 Logistic 回归分析结果如下:

从二审改判刑期变化量来看,有“附带民事判决部分事实、数额认定错误”、等13个改判理由显著,其他理由均不显著。由于总体上二审改判会导致刑期减少,当标准化系数大于0时,则表示刑期减少量更少,且系数绝对值越大,减少量越小;当标准化系数小于0时,表明刑期减少量会更多,且系数绝对值越大,减少量越大。因此,通过对标准化系数的比较可以发现,导致刑期减少量由多到少的改判理由排序依次是“一审量刑过重”“一审认定主犯、从犯错误”“二审认定为累犯而改判”“其他适用法律不当”“一审后法律规定出现变化”“情节加重犯认定错误”“二审认定为预备犯而改判”“遗漏定罪或量刑情节”“二审期间坦白”“违法所得认定不当”“刑事和解或被害人谅解”“应当判缓刑而未判的”“附带民事判决部分事实、数额认定错误”。

对于二审改判罚金变化量而言,模型的调整后的R2=0,说明41个改判理由对于二审罚金改判的影响都不显著。

从二审改判缓期变化来看,有“单纯缓刑认定错误而二审改判的”等7个改判理由显著,其他改判理

由均不显著。由于总体上二审改判会导致缓期增加,当标准化系数大于0时,则表示刑期增加量更多,且系数绝对值越大,增加量越大;当标准化系数小于0时,表明缓期增加量会更少,且系数绝对值越大,增加量越小。因此,通过对标准化系数的比较得知,导致缓期增加量由多到少的改判理由排序依次是“应当判缓刑而未判的”“刑事和解或被害人谅解”“积极缴纳罚金、追回赃款”“二审认定为预备犯而改判”“其他适用法律不当”“违法所得认定不当”“附带民事判决部分事实、数额认定错误”。

### (二)改判理由发生时间的数据分析

表3是以一审控制因素为参照组,分析二审期间发生因素对二审改判的影响。因有222个数据既有一审控制因素又有二审期间发生因素,为避免影响分析结果,故在一审控制因素和二审期间发生因素对比分析时,将此222个数据当作缺失值处理。数据分析结果显示,二审期间发生因素对在刑期改判、罚金改判和缓期改判的回归系数分别为1.798( $P < 0.01$ )、2955.583( $P > 0.1$ )、7.004( $P < 0.001$ ),其中对罚金的影响未达到统计上的显著水平。该结果表明,二审期间发生因素对刑期改判、和缓期改判有显著影响,对罚金改判无显著影响。

观察模型1,根据刑期改判模型常数项为-11.624(小于0),可知总体上二审改判会导致刑期变少,但是在检察院单独启动以及检察院、被告人同时启动的二审程序中,刑期却会增加。其中,检察院单独抗诉的二审案件中,二审刑期的增加幅度显著。该结果

表3 改判理由发生时间对二审改判影响的线性回归分析

	模型1	模型2	模型3
	刑期改判	罚金改判	缓期改判
常数项	-11.624***	-10243.181***	3.062***
诉讼主体 a			
检察院提起	24.494***	19305.389**	-4.92***
同时提起	16.788***	507.168	-3.501***
二审因素 b	1.798**	2955.583	7.004***
F 检验值	263.716	2.921	110.867
调整后的 R2	0.136	0.001	0.061
N	5029	4852	4808

注:非标准回归系数。双尾检验统计显著度:! $p < 0.1$ , \* $p < 0.05$ , \*\* $p < 0.01$ , \*\*\* $p < 0.001$ 。a 诉讼主体,以无检察院提起诉讼的被告人为参照。b 二审因素的参照组为一审控制因素。

可以推导如下两个结论:首先,排除定罪因素,检察院抗诉的主基调是认为一审判罚过轻,要求二审法院对被告人判处更重刑罚。其次,在诉讼结果上,检察院取得了相对于被告人的压倒性优势,总体上实现了二审对被告人更重判罚的诉求。

二审期间发生因素的回归系数为1.798(大于0),可知二审期间发生因素导致的刑期减少量要小于出现一审控制因素导致的刑期减少量。也即实践中,二审时如发现的一审的事实认定错误或法律适用错误会更大程度地改变一审判决的刑期。

观察模型2,根据罚金改判模型常数项为-10243.181(小于0),可知,总体上二审改判罚金会变少。但在检察院单独提起抗诉的二审案件中,罚金却有所增加。在检察院和被告人同时启动的二审案件中,罚金量相比一审变少,该结果和刑期的变化刚好相反。可以认为,检察机关在二审抗诉中更关注刑期的加重,而不是罚金的变化。

二审期间发生因素的回归系数为2955.583(大于0),可知二审期间发生因素导致的罚金减少量要小于一审控制因素导致的罚金减少量,但统计上并不显著。与二审改判的刑期变化量相同,一审在事实认定或法律适用中的错误比二审期间发生因素能更大程度地改变一审关于罚金的判决。可以认为,二

改判的焦点为自由刑而不是罚金刑。也即,在二审中无论被告人、公诉机关和审判机关的关注点在自由刑而不是罚金刑。

观察模型3,根据缓刑改判模型常数项为3.062(大于0),<sup>⑨</sup>可知总体上二审改判缓刑数增加,表现为一审被判处实刑案件在二审中被改判缓刑。但是,在检察院单独启动以及检察院、被告人同时启动的二审程序中,缓刑案件数量变少,呈现由缓刑改判实刑的趋势,与检察机关在二审抗诉中要对被告人重处的基调相符。

二审期间发生因素的回归系数为7.004(大于0),可知,二审期间发生因素导致的缓刑增加量要大于出现一审控制因素导致的缓刑增加量。说明二审期间发生因素的出现相比一审控制因素,更可能导致二审改判缓刑。在司法实践中,可以理解为被告人及其家属千方百计寻求、促成新的二审期间发生因素,从而使被告人获得免于被羁押的机会。

综上,二审改判中的一审控制因素比二审期间发生因素更大程度地改变一审的刑期。但二审期间发生因素具有更大的导致二审改判缓刑的效果。

### (三)改判理由属性的数据分析

表4是法律适用因素、事实认定因素、双重因素以及其他因素四者之间轮流为参照组,逐次分析各

表4 改判理由性质对二审改判影响的线性回归分析

	模型4.1	模型4.2	模型4.3	模型5.1	模型5.2	模型5.3	模型6.1	模型6.2	模型6.3
变量名	刑期改判	刑期改判	刑期改判	罚金改判	罚金改判	罚金改判	缓刑改判	缓刑改判	缓刑改判
常数项	-9.16***	-12.575***	-9.088***	-5208.015	-11631.727**	-11646.616**	11.905***	4.406***	0.434
a 诉讼主体									
检察院提起	24.919***	24.919***	24.919***	19862.2**	19862.2**	19862.2**	-4.668***	-4.668***	-4.668***
同时提起		16.973***	16.973***	1071.908	1071.908	1071.908	-3.69***	-3.69***	-3.69***
b 审理范围	16.973***								
法律适用因素	-3.414***	—	-3.487***	-6423.712	—	14.889	-7.499***	—	3.972***
事实认定因素	0.072	3.487***	—	-6438.601	-14.889	—	-11.472***	-3.972***	—
双重因素	-4.897***	-1.482	-4.969***	1723.323	8147.035	8161.924	-9.906***	-2.407	1.566
其他	—	3.414***	-0.072	—	6423.712	6438.601	—	7.499***	11.472***
F 检验值	174.433	174.433	174.433	226	2.26	2.26	93.105	93.105	93.105
调整后的R2	0.142	0.142	0.142	0.001	0.001	0.001	0.08	0.08	0.08
N	5250	5250	5250	5059	5059	5059	5276	5276	5276

注:非标准回归系数。双尾检验统计显著度:\* $p < 0.05$ ,\*\* $p < 0.01$ ,\*\*\* $p < 0.001$ 。a 诉讼主体,以无检察院提起诉讼的被告人为参照。b 审理范围,在模型4.1、模型5.1、模型6.1中以其他为参照组,在在模型4.2、模型5.2、模型6.2中以法律适用因素为参照组,在模型4.3、模型5.3、模型6.3中以事实认定因素为参照组。

类因素对二审改判的影响,经 Logistic 线性回归分析结果如下:

观察模型 4.1 可知,法律适用因素、双重因素相对于其他因素,回归系数均为负值(分别为-3.414、-4.897),且均统计显著,因总体上二审改判的趋势是刑期减少,可以得知法律适用因素、双重因素导致的二审改判刑期减少量相对于其他因素要大,具有更加明显的减少判罚效果。事实认定因素相比其他因素不显著,事实认定因素和其他因素导致的二审改判刑期减小量无显著差异。

观察模型 4.2 可知,事实认定因素相对于法律适用因素来看,回归系数是正数(3.487)且统计显著,因总体上二审改判会减少刑期,因此,事实认定因素导致的二审改判刑期减少量相对于法律适用因素要小,法律适用因素具有更加明显的减轻判罚效果。双重因素相较于法律适用因素在统计上不显著,法律适用因素和双重因素导致的二审改判刑期减少量无显著差异。

观察模型 4.3 可知,双重因素相对于事实认定因素,回归系数是负数(-4.969)且统计显著,因总体上二审改判使得刑期减少,推知双重因素导致的二审刑期减少量比事实认定因素要大。

观察模型 5.1、5.2、5.3 可知,法律适用因素、事实认定因素、双重因素、其他因素四者之间统计均不显著,四类因素导致的二审改判的罚金变化量无显著差异。在刑事二审中,无论是检察院、被告人还是法院都不把罚金刑的判罚作为关注焦点,罚金刑在司法实践中确实面临被边缘化的尴尬境地。

观察模型 6.1 可知,法律适用因素、事实认定因素、双重因素相对于其他因素,回归系数都是负数(分别为-7.499、-11.472、-9.906),且均统计显著。因总体上二审改判使得缓刑值增加,所以法律适用因素、事实认定因素、双重因素导致的二审改判缓刑增加量相对于其他因素要小;也即其他因素的出现导致二审改判缓刑的概率最高。观察模型 6.2 可知,事实认定因素相对于法律认定因素来看,回归

系数是负数(-3.972),且统计显著,因总体上二审改判使得缓刑增加,推知事实认定因素导致的二审改判刑期增加量相对于法律适用因素要小;二审中法律适用因素比事实认定因素更加可能导致缓刑的判罚结果。观察模型 6.2 和模型 6.3 可知,法律适用因素和事实认定因素与双重因素相比统计上不显著。也就是说,法律适用因素或事实认定因素导致的二审改判缓刑增加量与双重因素无显著差别。

综上,法律因素与双重因素减轻二审刑期判罚的效果要高于事实因素和其他因素。但是,法律因素与双重因素之间在减轻二审刑期判罚的效果上无显著差异,事实因素与其他因素之间也无显著差异。四类因素中,其他因素导致二审改判缓刑的概率最大;法律因素要高于事实因素。法律因素与事实因素相比双重因素都无明显差异。四类因素之间导致的二审改判的罚金变化量都无显著差异。

#### 四、结论与讨论

基于前述数据分析,二审改判实践呈现的刑事二审程序功能发挥情况可以归纳、推定如下:

(一)结果导向而程序要素匮乏的二审监督纠错功能

数据分析结果说明,实践中二审发生改判的案件,更多是通过在对一审认定事实、适用法律的实质审查的基础上,纠正一审裁判的错误实现的,具体表现在以下三个方面:首先,二审法院通过否定一审控制因素来改变一审判决的情形远超过基于否定二审期间发生因素的改判(一审控制因素为 3903 个,占比 76.4%;二审期间发生因素 1205 个,占比 23.6%),是二审改判的主要途径。其次,一审控制因素在改判理由的重要性排序中占据了绝对的优势,显示一审控制因素在二审改判中的主导性地位和作用。以刑期改判为例,在 13 个具有回归分析显著性的改判理由中,只有“二审期间坦白”和“刑事和解或被害人谅解”两个理由属于二审期间发生因素,且分别排在第 9 位和第 11 位的较后位置,其他都属于一审控制因

素。最后,二审时如发现一审控制因素错误会更大幅度地改变一审判决的刑期,一审控制因素在二审改判中发挥了更大的效能。

从已经改判案件的视角看,刑事二审程序实质上发挥了对一审判决的重要的审查、纠错功能。同时,考虑到二审的改判比例在事实上较高(不包括发回重审的改判比例为12%左右)<sup>④</sup>因此,笼统地认为我国刑事二审流于形式、程序虚置的论断是不成立的。学界一直以来对二审程序的批评和质疑存在错位,有必要加以鉴别和厘清。所谓二审程序流于形式、二审程序虚置的批评存在两个层面的误解,有必要予以纠正。

首先,应当诟病的是二审庭审的虚置化,而不是二审程序的虚置化。相比较一审程序而言,二审程序在“形同虚设”上并没有走得更远。我国刑事第一审程序在程序性要素的满足方面仍然是相当不够的,尽管在实体的认定方面做得比较扎实。从这个意义上而言,我国刑事裁判的正当性来源主要是实体的正确性。<sup>⑤</sup>一审程序表现出重结果、轻过程的结果导向,二审程序同样不可避免。重实体、轻程序是我国传统文化的固有基因,一审、二审程序的结果导向是传统法律文化的实践反映,在一定程度上契合诉讼参与各方的文化心理。如上所述,从判决的结果上看,二审程序发挥了实质性的审查、纠错功能。同时,由于错案追究责任制度和再审制度等配套的监督制度的存在,二审程序在实体结果上的监督效果实际上也还差强人意。所谓的二审程序的虚置化并不成立,是个伪命题。真正的问题是二审庭审中缺少实质性控辩对抗和有效辩护,导致二审庭审的虚置化,而不是二审程序特别二审改变一审判决结果上没有发挥应有的实体效用。

其次,二审庭审的虚置化源于二审庭审的程序要素匮乏。二审庭审中存在的轻程序、重实体的弊端,为包括一审庭审在内的整个刑事诉讼庭审实践所共有。但是,绝大部分刑事二审案件维持原判的判决结果会让当事人产生流于形式的直接印象。

实践中较多存在的不开庭审理更加会放大二审程序形同虚设的负面效果。在二审不开庭审理的情况下,即使法官能对案件进行实质性的审理,并作出合法的判决,但二审程序吸收不满、程序公正的功能却无法充分发挥。这并非完全取决裁判结果本身是否正确,同时也取决产生该结果的程序是否正当、合理。程序正义可以使被告人受到公平人道的对待,产生一种受尊重的感觉,从而有助于被告人承认裁判过程的公正性,自愿接受裁判结果。<sup>⑥</sup>程序正义具有独立的价值,在诸如刑事审判等不完全正义的场合,要实现绝对公平、完全避免错案冤狱是不可能的,此时,便需要借助程序正义的正当化作用,即只要程序的推进符合法律规定,同样是符合正义的。<sup>⑦</sup>因此,要加大二审庭审的程序因素投入,通过扩大二审开庭的范围并有效保障当事人和律师的辩护权,推动庭审实质化以吸收当事人不满,充分发挥二审程序功能。

一味追求效率价值,显然会加深公众对司法程序的误解,降低公众对司法的信任度,这在一定程度上是以牺牲国家和社会利益为代价的。<sup>⑧</sup>注重司法效果的结果导向有其积极意义,但在程序正义尚未得到充分认同和阐释的司法环境中,过分强调结果导向必然会忽略形式理性的应有价值。应当防止结果导向迎合短期的社会与政治需要,行之过远而反噬司法权威,通过规则导向与结果导向两者并重,实现结果导向的超越,以使司法裁决获得真诚的信服与认同。

## (二)客观、有限的统一法律适用功能

在现代刑事诉讼审级制度设计上,较为通行的做法是一审全面审查案件,发现、确定案件事实并作出判决,上诉审主要围绕一审的法律适用展开,把法律问题的争议作为二审开庭审判的焦点。如在美国,“上诉审程序基本上不涉及事实的认定,”完全将认定事实的责任交给一审的法院和法官,在理论上根本不承认第一审程序存在着独立于法律程序的事实错误。其理论依据在于上诉审程序的法官对于事实的认定并不拥有比初审法官更多的

发言权。但是,高级别法院相比低级别法院而言一般拥有更高的法律素养,在法律解释上更能给出正确的答案。<sup>③</sup>我国刑事上诉审理在性质上完全可以视为事实认定程序或者简化版的第二次第一审,而不存在独立的法律审理程序。<sup>④</sup>该观点有刑事诉讼法的立法依据,在理论和实务上都没有争议。但是,我国二审全面审查一审法院判决事实认定和法律适用的“复审”制度,面临诉讼效率低下、浪费司法资源,并客观上导致二审不开庭盛行、削弱庭审对抗的广泛质疑。因此,主张二审应当专注于法律审、把事实认定交给初审法院的观点,在学界得到较为广泛的支持。<sup>⑤</sup>

### 1. 二审统一法律适用功能的客观性

数据统计显示,在改判理由属性的5330个有效样本中,事实认定因素1124个,占比21.1%;法律适用因素2997个,占比56.2%;双重因素232个,占比4.4%。该结论契合近期以来我国刑事司法可能呈现出“事实性错误的发生率趋低”“法律性错误的发生率趋高”<sup>⑥</sup>的趋势判断,即总体上,二审改判更多的还是立足于一审的法律适用错误。再者,从前文所考察的法律因素在二审改判中的意义可知,法律因素与双重因素减轻二审刑期判罚的效果要高于事实因素和其他因素。四类因素中,法律因素导致二审改判缓刑的概率要高于事实因素。可以认为在整体上,法律因素在二审改判中呈现出比事实因素更为优越和突出的作用。

在解释法律的立场和方法上,二审和一审没有区别。只是二审在层级较高,管辖范围更广,在更广的地域范围内,客观上发挥了统一法律适用的功能。二审纠正一审的法律适用错误,在客观上就必然发挥、体现统一法律适用的功能。概括性认为二审只关心事实认定而不进行解释法律、没有发挥统一法律适用的观点是不成立的。

### 2. 二审统一法律适用功能的有限性

如前所述,二审的审理范围既包括事实审也包括法律审,二审可以认为是第二次的“第一审”。在现行的司法环境下,法官面临错案责任追究等诸多

顾虑,缺乏制度保障和内心动力,不敢发挥主观能动性解释法律,形式主义甚至机械主义地适用法律,对法律的解释流于法律文字表层,而缺失法律的灵魂。二审程序和一审程序一样,二审程序的法律适用是一个高度形式主义的过程,是在最高司法机关发布大量成文的、抽象的、一般性的司法解释或者上级法院出台的法律适用意见或标准的基础上的法律适用,具有强烈的形式主义甚至机械主义司法的倾向。<sup>⑦</sup>如英美法系国家上诉法院法官创制裁判规则、统一法律适用的功能,我国二审程序并不具备。从实际效果看,考虑到我国实行的是二审终审制,且绝大多数案件会止步于中院层面,在终审法院级别较低进而导致其裁判辐射范围较小的情况下,法官在维护法律统一适用方面的功能十分有限,<sup>⑧</sup>没有发挥应有的、全面解释法律统一法律适用的功能。

从检察机关视角分析,作为法律监督机关,检察机关法理上承担保证法律统一实施的职责。但如上述数据分析显示,检察院抗诉的理由主要是一审判罚过轻,要求二审法院对被告人判处更重刑罚。可见在二审中,检察机关作为控诉机关的立场和倾向更为明显。这是现有的诉讼构造所决定,并为二审实践所证明。检察机关的介入,并不会有助于二审统一法律适用功能更好地实现。

### (三) 法律现实主义的解决纠纷功能凸显

在改判理由属性的5330个有效样本中,既不属于传统的法律问题也不属于事实问题的其他因素(包括刑事和解或被害人谅解,积极缴纳罚金、追回赃款,刑期计算错误,判决书笔误,程序不当五种)977个,占比18.3%。其中“刑事和解或被害人谅解”出现的频次高达921次,占所有改判理由出现总次数的14.4%。被告人与被害人之间二审时达成的刑事和解是导致二审改判的最重要因素。并且,根据回归分析结果可知,其他因素导致改判缓刑的概率最大,高于法律因素、事实因素和双重因素。其他因素在改变二审刑期的效果上虽然要弱于法律因素与双重因素,但是可与事实因素并驾齐驱。在影响二审

罚金改判上,其他因素与法律适用因素、事实认定因素、双重因素三者不相上下。由此可知,刑事和解或被害人谅解等法律现实主义解决纠纷功能在二审实践中占有重要地位。

与传统刑事司法主要强调惩罚犯罪与保障人权、实体公正与程序公正相比,刑事和解追求的主要是一种“利益兼得”和“修复关系”,<sup>④</sup>有利于化解被告人与被害人之间矛盾,从根本上消除上访、告状、缠诉的潜在问题,缓解法院的信访压力。2012年修改的刑事诉讼法新增第5编以“当事人和解的公诉案件诉讼程序”专章规定刑事和解之后,在当前的法官考核制度导向和驱动下,刑事和解成为二审中最为重要的,也是二审法官最多采用的改判理由。我国第二审法院像第一审法院一样,在本质上都是基于纠纷解决或者个案公正而存在的审判型法院,而不是基于规则治理或者公共目的而存在的政策型法院。<sup>⑤</sup>纠纷解决功能是我国刑事诉讼的传统底色,甚至在一定程度上决定了上述其他两项功能的发挥程度。也即,刑事二审程序之所以形成实质纠错和统一法律适用的功能状态,根源于实践中纠纷解决的需要。在新的刑事诉讼法规定的基础之上,二审查解矛盾、解决纠纷的功能得到凸显,并成为二审改判的新推动力。<sup>⑥</sup>可以预见,在未来的一段时间内,二审程序在纠纷解决功能的方向上将继续强化。

上述数据分析结论映射出我国二审改判实践中清晰可见的法律现实主义影像。在方法上法律现实主义以经验的实证方法切入司法过程,排斥一味抽象地形式逻辑推理。在本体上重视直觉、政治立场等非法律因素对法官裁决的影响,强调法官主动性的司法能动主义,以解决纠纷为目的的结果主义导向。<sup>⑦</sup>我国社会对法律现实主义有着强烈需求,这种需求根源于社会转型、法律移植、实质正义的追求等社会因素。<sup>⑧</sup>解决纠纷的二审功能的衍生,是法律现实主义的司法实践体现。法律现实主义培植的是与传统的刑事司法观有所差异的问题解决型司法观,不再单纯关注既定的规则和明确的法

律,而把注意力集中在具体纠纷的解决。<sup>⑨</sup>卢埃林甚至直接承认“法律是官员处理纠纷的行为”。法律现实主义把刑事和解等多元化纠纷解决方式与传统司法制度相嫁接、整合,构建新型的纠纷解决机制,有利于达到化解冲突、定分止争的目的。但同时应该警惕法律现实主义可能导致的侵害程序正义、法律虚无主义的负面效果,防止出现罪刑不相适应、损害被害人或者被告人的合法权益、滋生司法腐败的后果。

### 结语

本文通过较大样本的数据分析,提取司法实践中所有导致二审改判的实然因素,并对所有影响二审改判的自变量进行 Logistic 回归分析,在一审控制因素与二审期间发生因素、事实错误与法律适用等维度考察二审改判理由,并分析、推导二审功能发挥情况。数据分析结果揭示、说明的二审改判的实际运行状态,可以穿透猜测臆断、偏颇狭隘、预设立场甚至故意误导的迷雾,让我们在正确的视角和立场上认识所处的司法环境,并适时调整、准确把握司法改革前进的方向。

上海社科院社会学所雷开春研究员以及黄清泉、周兰曲、袁慧、陈超、吕雨桐、仲璇、李云、李萌、王艺超、陈姝航等同学在数提取和数据分析中提供了必要的帮助,当然文责自负。

### 注释:

①参见易延友:《我国刑事审级制度的建构与反思》,载《法学研究》2009年第3期。

②参见王超:《虚置的程序——对刑事二审功能的实践分析》,载《中外法学》2007年第2期。

③不同学者提供的二审改判比例数据有小幅差异,但基本上认为,2012年前,二审改判(包括发回重审)比例为22%~25%左右;2012年之后,二审改判比例有所下降。

④参见王敏远:《刑事二审是审判公正的保障程序》,载

《检察日报》2012年3月28日,第3版。

⑤参见何德辉:《刑事二审改判“无界化”的公正性省思》,载《学术界》2014年第11期。

⑥UNITED STATES COURTS Statistics & Reports: Statistics Tables for the Federal Judiciary, U. S. Courts of Appeals—Appeals Terminated on the Merits, by Circuit, Table B-05(2001-2015).

⑦参见王超:《刑事审级制度的两种模式:以中美为例的比较分析》,载《法学评论》2014年第1期。

⑧樊崇义:《刑事诉讼法实施问题与对策研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第563—564页。

⑨本研究旨在分析导致刑事二审判决发生改变的内在因素。因此,裁判结果为如下两类的判决书不纳入本研究的样本范畴之内:一是发回重审的案件;二是被告人已经上诉但又撤诉的案件。

⑩选取的标准是2017年审结的刑事二审案件,所以样本中也有少量2017年之前立案,但在2017年二审审结的案件。

⑪利用“北大法宝”司法案例库关键词、区域结构化及递进式结果检索相结合的方法筛选分析样本。

⑫剔除的裁判文书中,维持一审判决的裁判文书共1116份,108份为撤销上诉,31份为裁定驳回上诉,98份为发回重审,2份为二审仅在执行增加社区矫正,还有8份根据提供的网络链接地址无法查找到判决书。无法量化的判决书包括:一审中判处死刑的91名、无期徒刑的92名;一审没有被判处死刑或无期徒刑,二审改判死刑的1名,改判无期徒刑的5名,共计189名。共计剔除1552份裁判文书。

⑬由于“单纯因一审量刑过重而改判”等变量设置了排他性条件,否则,改判频次会比现有数据高出很多。

⑭刑罚执行方式是否发生变化,即二审与一审相比,判处缓刑还是实刑的变化。

⑮无期徒刑和死刑的样本量较少,分别为:一审中判处死刑的91名、无期徒刑的92名;一审没有被判处死刑或无期徒刑,二审改判死刑的1名,改判无期徒刑的5名。

⑯自变量说明:(1)改判缓刑的理由。导致二审改判缓刑

的原因多种多样。为避免重复,本研究设立“单纯因符合缓刑条件没判缓刑而二审改判的”的专门自变量。该自变量具有排他性,判决书中如在该理由之外还存在其他改判理由,则该自变量的数据不再提取。(2)坦白与自首。坦白与自首存在单向的相容关系,同一案件中,成立自首的,必然构成坦白。为避免重复,在数据提取过程中,构成自首的不再统计坦白,坦白仅限于不成立自首的坦白。(3)区分刑事和解赔偿与刑事附带民事诉讼赔偿。本研究中的被告人主动向被害人支付的赔偿以换取轻判的,计入刑事和解,以与刑事附带民事赔偿相区分。(4)区分一审时发生事实与二审时发生事实。以坦白与刑事和解为例,该两种情形都既可能发生一审期间,也可能发生二审期间。本研究的刑事和解,专门指发生于一审结束之后二审判决之前的和解,以相互区分。(5)刑期计算错误。导致刑期计算错误的原因众多,可能包括罪名错误、罪数错误等。本研究中的刑期计算错误仅指在其他无误而单纯由于数学计算差错而导致的计算结果偏差。(6)事实认定不清或错误的表现形式多样,本研究中专指判决书没有特别明确,而是笼统说明事实不清/错误而改判的情形,归入“其他一审事实认定不清或错误”。(7)量刑不当改判。本研究设“一审量刑过重”或“一审量刑过轻”两个自变量。两自变量都有排他性,指一审认定事实和适用法律都没有错误,二审期间也没有发生其他影响量刑的情节,单纯由于一审量刑畸重或畸轻导致的二审改判。(8)发现新证据。指发现现有自变量之外的其他案件新证据,从而导致二审改判的情形。

⑰包括一审认定为主犯、从犯,二审认为不应当认定的,以及一审不区分主犯、从犯,二审认为应当区分的两种情形。在存在自首认定错误、立功认定错误等变量时同样如此。

⑱适用附加刑错误,主要指在依法应当适用罚金、没收财产、剥夺政治权利等附加刑而不适用或相反,应当适用特定附加刑而适用了其他的附加刑。

⑲情节加重犯认定错误、结果加重犯认定错误主要指在认定加重情节或者加重结果时出现偏差,比如一审不认为是“入户盗窃”而二审认为是“入户盗窃”等。

⑳刑期计算错误主要是指在数罪并罚时对刑期的计算出现偏差,二审作出更正的情形,与数额计算错误不同。在性质上与判决书笔误与之类似。

㉑在数据提取中,发现有二审判决书把一审笔误作为二审改判的理由,具体判决书文号:(2017)黔01刑终1055号;(2017)粤03刑终2076号;(2016)湘12刑终352号;(2017)冀09刑终385号;(2017)内25刑终32号等。

㉒证据不足指的是判决书写明以证据不足为由而改判的情形。

㉓其他适用法律不当指所有变量特别明确之外的其他适用法律错误的情形,如有新的司法解释而仍然适用旧司法解释等。

㉔依据刑事诉讼法第238条规定,第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有法定的五种严重违法规定的诉讼程序的情形之一的,应当裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判。但实践中确有二审判决书以一审程序错误为由而改判的,如(2017)川15刑终355号;(2017)闽09刑终556号;(2017)鲁08刑终262号;(2017)粤刑终1307号;(2017)粤刑终1307号等。

㉕指判决书记载的二审改判原因除了原审事实认定不清之外,并没有其他改判原因,但是又没有特别明确什么事实认定不清的情形。

㉖事实问题与法律问题看似彼此独立,但是两者常常相互交织在一起。诸如“查明的事实是否满足法定的标准”之类的法律与事实的混合现象广泛存在,意味着在法律问题与事实问题之间存在很大的模糊地带。参见陈学权:《刑事陪审中法律问题与事实问题的区分》,载《中国法学》2017年第1期。

㉗潜在双重因素,指既可能属于法律因素也可能属于事实因素,或者事实因素与法律因素都有,因此需要人工审读判决书以进一步确认。

㉘参见万毅:《法典化时代的刑事诉讼法变革》,载《东方法学》2021年第6期。

㉙数据分析结果显示,启动主体的不同确实对裁判结果

有实质影响。

㉚缓刑可能涉及一审实刑、二审改判缓刑;一审缓刑、二审改判实刑和一审缓刑、二审改判较轻缓刑。在数据提取过程中,将缓刑单列,以月为单位计算。判处实刑不是缓刑的,统计为“0”。因此,二审减去一审的缓刑数值越大,改判缓刑的比例越高。可能存在问题是一审缓刑、二审改判较重或者较轻缓刑的情况。经统计,一审缓刑,二审改判为较重或者较轻缓刑的情况,共有84例,在分析时作为将其作为缺失值处理。

㉛《中国法律年鉴》的数据显示,不含发回重审2014年改判比例为12.04%;2015改判比例为11.00%;2016年改判比例为12.38%;2017改判比例为11.98%。

㉜参见易延友:《我国刑事审级制度的建构与反思》,载《法学研究》2009年第3期。

㉝参见陈瑞华:《程序正义的理论基础——评马修的“尊严价值理论”》,载《中国法学》2000年第3期。

㉞参见季卫东:《法治秩序的建构(增补版)》,商务印书馆2015年版,第13-14页。

㉟参见韩仁洁:《刑事速裁案件二审程序研究》,载《东方法学》2021年第4期。

㊱David Frisch, Contractual Choice of Law and the Prudential of Appellate Review, 56 Vand. L. Rev. 57(Jan, 2003).

㊲参见王超:《虚置的程序——对刑事二审功能的实践分析》,载《中外法学》2007年第2期。

㊳参见孙远:《刑事上诉审构造》,载《法学家》2012年第4期。

㊴参见林喜芬:《我国刑事司法运行的宏观现状(1995-2005)——基于统计数据的实证分析》,载《中国刑事法杂志》2011年第2期。

㊵有的省高级人民法院、中院会不定期制定一些操作细则之类的文件,发给基层法院参照适用,这对于统一法官的定罪量刑标准有一定的作用。

㊶参见王超:《刑事审级制度的两种模式:以中美为例的比较分析》,载《法学评论》2014年第1期。

④③参见宋英辉:《修复关系促进和谐准确把握和解制度主旨》,载《检察日报》2012年4月5日第3版。

④④参见王超:《刑事审级制度的两种模式:以中美为例的比较分析》,载《法学评论》2014年第1期。

④⑤本文的解决纠纷仅仅是狭义的通过刑事和解、被害人谅解达到化解矛盾、解决纠纷的目的。也有学者认为,我国的审级制度本来在整体上就有解决纠纷的功能属性,和统一法律适用的功能相对应。这种观点和本文中解决纠纷功能的界定及其表现均有所差异。

④⑥代表性文献如美]弗兰克:《法律与现代精神》(J. Frank, Law and the Modern Mind, Garden City, N. Y. 1963);[美]卢埃

林:《现实主义法理学——引领未来》(Llewellyn, A Realistic Jurisprudence—The Next Stop, 30 Columbia Law Review, 1930, pp. 438-447);[美]麦考利:《法律和权力的平衡》(Stewart Macaulay, Law and Balance of Power, New York: Russell Sage Foundation, 1966);[美]弗里德曼:《法律文化和社会发展》(Frieman, Legal Culture and Social Development, 4 Law and Society Review 29, 1969)。

④⑦参见王德玲:《法律现实主义思想再检视》,载《政法论丛》2019年第2期。

④⑧参见胡铭:《法律现实主义与转型社会刑事司法》,载《法学研究》2011年第2期。

## The Reasons and Function Test of Criminal Second Instance

Tu Longke

**Abstract:** The data extracted from the judgments shows that there are 41 reasons for reversing the original judgment in the second-instance criminal trial. The data regression analysis based on the classification of the reasons for the change of judgments shows that the control factors of the first instance change the judgment of the first instance more significantly than the factors occurring during the second instance, but the factors occurring during the second instance can significantly improve the probability of being commuted to the sentence of probation in the second instance. Although the procedural elements of the second-instance procedures are insufficient, it essentially plays the function of error correction. Although the procedures of second instance objectively plays the function of interpreting the law and unifying the application of law, it is limited to the application of law in a formal and even mechanical manner. Reconciliation and the defendant's understanding account for the largest proportion of the 41 reasons, and other factors other than legal and factual factors lead to the greatest probability of commuting the sentence to probation. The function of the second-instance procedures to resolve disputes has been further strengthened and highlighted, which reflects the attitude of legal realism in the second-instance trial after the amendment of the Criminal Procedure Law.

**Key words:** second-instance criminal trial; reverse judgment; function of second-instance trial; legal realism; data regression analysis; criminal procedure law