

刑事二审审理方式的改革与完善

王君炜

【提要】新刑法对二审审理方式的规定进行了修改,为提高二审开庭率,增强二审程序的公正性提供了可能。但修改后的二审审理方式依然存在问题。从立法规定层面看,新刑法对二审审理方式选择标准的确定,难以体现刑事诉讼规制职权与保障权利的基本精神。应着眼于以规范职权和保障权利为基本原则,通过司法解释明确二审审理方式的选择标准对其予以进一步完善。从司法实践层面来看,现有的配套制度和措施与扩大二审开庭范围的要求不相适应。需要通过进一步的制度和机制改革,实现二审开庭的常态化和实质化。

【关键词】开庭审理 调查讯问审理 规范职权 保障权利

【中图分类号】D915.182 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2013)01-0086-05

在我国二审终审制的司法体系中,二审程序是除死刑案件、在法定刑以下判刑的案件等外的多数案件的终审程序,其重要性不言而喻。修改后的《刑事诉讼法》(以下简称新刑法)对现行刑事诉讼制度进行了较大调整。在二审程序方面,主要是通过修改二审审理方式的规定明确二审应当开庭审理的案件范围,以及对发回重审作出限制规定。其中新刑法第223条对二审审理方式的改革尤为值得关注。立法对二审审理方式的规定是否恰当,关系到能否通过二审程序及时发现和纠正一审裁判的错误,关系到当事人诉讼权利能否得到有效维护和案件能否得到公正处理,关系到二审能否发挥其应有的功能,具有重要的价值和意义。^①新刑法对二审审理方式的改革,为提高二审开庭率,增强二审程序的公正性提供了可能。但这一修改能否从根本上解决现行二审审理方式存在的问题,需要通过进一步的研究予以明确。

一、二审审理方式存在的问题

根据现行刑法规定以及司法实践中的做法,我国

刑事案件的二审有开庭审理和调查讯问审理两种方式。其中,开庭审理是审判公正性的制度保障,具有其他审理方式所无法代替的价值。因此二审原则上应当以开庭审理的方式进行。考虑到我国司法资源不足等实际情况,法律允许一部分案件可以不开庭审理。因此,法律规定原则上二审应当以开庭审理的方式进行。但在司法实践中,不开庭的调查讯问审理却成了二审的主要审理方式,我国各地刑事二审案件的开庭率普遍较低。^②这也被认为是现行二审审理方式所存在的主要问题。不少学者将其归结为立法上存在的缺陷。^③首先,现行刑诉

① 李学宽:《刑事二审审理方式存在的问题与对策》,《中国法学》1999年第1期。

② 据来自最高人民法院的数据,全国法院开庭审理的刑事二审案件占比15.33%,且多数地区的司法实践中二审案件开庭审理的案件一般不超过20%。以上数据来源于《最高法院法官解读新刑法亮点二审程序有关规定将有效化解开庭率低问题》,《法制日报》2012年3月18日。

③ 代表性观点参见刘哲《刑事二审程序问题研究——兼评〈刑事诉讼法〉修改相关内容》,《法律适用》2012年第7期。

法第 187 条规定选择上诉案件的审理方式，“实际上是倒果为因，违反了正确的思维逻辑”。^①一方面需要先进行审理才能得出上诉案件是否“事实清楚”的结论，另一方面又需要根据案件事实是否清楚来决定采用何种审理方式。具体来说，当面对一个案件时，合议庭必须先进行调查讯问审理，即“经过阅卷，讯问被告人，听取其他当事人、辩护人和诉讼代理人的意见”，然后作出选择决定，对事实清楚的不开庭审理，事实不清楚的才开庭审理。调查讯问成了上诉案件的必经程序，未经调查讯问，无法判断所审理的案件是否“事实清楚”，从而无法决定是否开庭审理。该规定使得合议庭尽力在调查讯问过程中将案件事实查清，以避免开庭审理的麻烦并尽快结案。在实践中，如果第二审法院经过庭前审查，决定不开庭审理上诉案件，就将主要依据庭前审查得出案件的裁判结论。这种实质性的庭前审查基本上取代了第二审审理工作。由于法官经过上述审查工作已经对案件事实形成定见，故后续的审判工作即使是开庭审理也很难发挥应有的作用。^②其次是除了判处死刑的案件和检察院提起抗诉的案件外，刑诉法并未明确规定应当开庭审理的案件范围，使得大多数案件是否开庭的决定权掌握在法官手里。“可以不开庭审理”的规定成为调查讯问方式被滥用的重要原因。立法上存在的缺陷直接导致了两种审理方式在司法实践中原则与例外的倒置，造成二审开庭率低。笔者认为，当前理论中以二审开庭率低为基础研究二审审理方式的改革与完善，存在一定的片面性。开庭率低仅仅是二审审理方式问题的一部分，是问题的表象。如果不能认识到问题的实质，即便新刑诉法明确并扩大了开庭审理的范围，也难以根除二审审理方式存在的问题，使二审程序真正发挥其应有的功能。二审审理方式存在的问题，可以归结为以下两个层面。

1. 刑事二审程序具有保障公正审判的价值和功能。因而，包括二审审理方式在内的二审程序设置必须尽可能实现公正审判的目的。在现有的司法资源等条件下实现大部分二审案件开庭存在困难，因此立法只能规定对明显有必要开庭的部分二审案件开庭审理。刑事司法的公正以权利保障与规范职权为其必要内容。权利保障与规范职权既是刑事司法公正的保障，也是刑事司法公正的必要内容。^③但从立法层面看，无论现行刑诉法还是新刑诉法对二审审理方式选择标准的确定，均与符合二审程序设置公正性，有效规范职权行使和保障权利的要求存在一定的差距。首先，第二审法院掌握着除死刑案件以外的上诉案件是

否开庭审理的决定权，而立法并未对这一决定权的行使予以有效的规制；其次，在二审审理方式的选择问题上，公诉方与辩护方受到了明显的差别对待。对于抗诉案件，法院必须开庭审理，但是对于被告人提起上诉的案件，完全由法院决定是否开庭。因此，对二审审理方式的立法规定尚需进一步完善。

2. 从司法实践层面来看，二审不开庭审理所导致的结果是，控辩双方无法在一个中立的法官面前阐明自己的观点，法庭上的平等对抗更无从谈起；公诉权和审判权得不到公开、有效的监督；辩护方权利受到削弱。在这种情况下，二审中的控辩平等丧失了最基本的生存条件。在开庭审理的环境下，控辩双方才能够进行真正意义上的对抗，辩护方权利才不会被秘密和变相剥夺；也才能避免法官形成预断，偏袒控诉方。^④作为现代刑事诉讼的基本原则，控辩平等应当成为刑事诉讼制度发展所追求的目标。因此实现二审全面开庭，使二审程序真正发挥其纠错功能和权利救济功能，是今后二审程序完善的方向。诚然，不管二审全面开庭的条件是否具备，也无论开庭审理是否会流于形式，立法机关只要下定决心，规定对所有案件全面开庭，也许能在一定的时期内大幅度地提高二审的开庭率。但是即便立法机关规定了二审案件的全面开庭，实践中无论是全面开庭的可能性还是必要性，以及二审开庭审理的实际效果，都是十分可疑的。立法机关应将法律的可实施性视为立法的生命和灵魂，并最大限度地避免法律虚置化和法律失灵的问题，使其所颁行的法律都是可实施的法律。^⑤现有的配套制度和措施与二审案件的大范围开庭甚至全面开庭的要求不相适应。因此，从长远来看，二审审理方式的改革需要与相关配套制度和措施的改革同步发展。

二、二审审理方式的选择标准

在当前难以实现二审案件全面开庭审理的情况

- ① 顾永忠：《刑事上诉程序研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 179 页。
- ② 陈光中主编《中国刑事二审程序改革之研究》，北京大学出版社 2011 年版，第 264 页。
- ③ 王敏远：《现代刑事证据法的两个基本问题——兼评我国刑事证据法的新发展》，《国家检察官学院学报》2010 年第 6 期。
- ④ 冀祥德：《构建我国救济程序中的控辩平等》，《中国司法》2008 年第 6 期。
- ⑤ 陈瑞华：《制度变革中的立法推动主义——以律师法实施问题为例的分析》，《政法论坛》2010 年第 1 期。

下,完善二审审理方式的任务在于确立二审审理方式的选择标准,“确保那些开庭审理的必要性特别突出的二审案件均能够开庭审理”。^①在新刑事诉讼法第223条对二审审理方式进行改革之后,应着眼于通过制定相对应的司法解释对其予以进一步完善。通过制定司法解释,可以对刑事诉讼法中有违司法公正精神的内容进行必要的修订。权利保障与规范职权是司法公正的必要内容。因此,通过司法解释明确二审审理方式的选择标准,需要以规范职权和保障权利为基本原则。

为扩大二审开庭审理的范围,更好地发挥二审程序的功能,新刑事诉讼法在现行刑事诉讼法和司法解释规定的死刑案件和人民检察院提起抗诉的案件外,增加了两类应当开庭审理的案件。《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》中对这两类案件的表述分别是“被告人、自诉人及其法定代理人对第一审判决认定的事实、证据提出异议,第二审人民法院认为可能影响定罪量刑的上诉案件”和“第二审人民法院认为应当开庭审理的其他案件”。新刑事诉讼法意图通过删去“第二审人民法院认为”等字眼,淡化第二审法院在审理方式选择上的角色。但“可能影响定罪量刑”仍作为二审开庭的附带条件予以规定。“被告人、自诉人及其法定代理人对第一审判决认定的事实、证据提出异议”本应是“应当开庭审理”的充分条件,现在却成了疑问。因为认定是否“可能影响定罪量刑”与“其他应当开庭审理的案件”的权力掌握在法院手里。第二审法院依然掌握着上诉案件是否开庭审理的决定权,控辩双方对此无权异议。法院在行使二审审理方式的选择权时不受约束,违背了刑事司法规制职权的原则。在法治发达国家,不论是采取开庭审理方式,还是采取书面审理方式,都是立法上预先对所有案件规定的统一方式,而不是司法上由上诉法官在审理具体个案前或过程中个人裁量决定的方式。因此,司法解释在对二审审理方式进行补充规定时,应当考虑限制法院的这一自由裁量权。

此外,以启动二审程序的主体作为区分二审案件是否必须开庭的合理性以及正当性存在疑问。立法之所以对此进行区分,其理由在于“检察院提出抗诉的案件。这类案件不仅比较复杂,而且二审法院与检察院的意见分歧较大,有必要通过直接审,倾听检察院的意见,接受检察院对审判的监督;同时,这类案件在二审案件中所占比重较小,法院进行直接审并不太困难。”^②而且,检察院必须是认为法院的判决、裁定确有错误才能提起抗诉;而被告人上诉无须理由,被告人容易因上诉不加刑原则而滥行上诉权。被告人一

旦上诉则一律开庭,在现有的司法条件下显然无法做到。然而,这种对不同主体进行区别对待的规定会加剧控辩双方地位的不平等,造成法律对控辩双方权利保护的失衡。检察机关提起抗诉的案件,法院必须开庭,检察机关就有机会在公开的法庭上通过言词辩论来提出和论证有利于本方的事实和理由,而仅有被告方上诉的案件,法院有权决定是否开庭且通常倾向于只进行调查讯问,这使被告方无法对不利于本方的证人、鉴定人等进行质证和询问,很难充分阐述有利于本方的事实和理由,很难对裁判结果施加有效的影响。^③然而,是否开庭审理应当取决于案件的需要而非启动二审程序的主体。应将开庭审理的决定权交由控辩双方,而不是由法院自行决定是否开庭审理,从而保证控辩双方在法庭上展开平等对抗。

因此,确立二审程序审理方式的选择标准首先应当是一个适用于一切二审案件包括上诉案件和抗诉案件的统一标准,而不再是一个因人而异的双重标准;其次,它应当是一个体现对权利性上诉充分尊重,对上诉、抗诉的理由充分考虑,将人为主观因素降到最低程度,实用性强,操作便利的客观标准。^④笔者认为,对于刑事诉讼法第223条规定的第一类案件,“被告人、自诉人及其法定代理人对第一审判决认定的事实、证据提出异议,可能影响定罪量刑的上诉案件”,司法解释可以将“可能影响定罪量刑”这一条件解释为程序性条件,即“被告人、自诉人及其法定代理人对第一审判决认定的事实、证据提出异议”,人民法院就应认为“可能影响定罪量刑”。对于第四类案件,“其他应当开庭审理的案件”,司法解释应当本着规范职权和保障权利的原则,对其含义和其他需要开庭的案件予以进一步明确。

三、完善二审审理方式的配套措施

二审审理方式是刑事审判制度的重要组成部分,进一步扩大二审开庭审理的范围,尽可能实现有必要

① 王敏远:《刑事二审是审判公正的保障程序》,《检察日报》2012年3月28日。

② 王敏远:《关于刑事案件二审程序审理方式的争论的述评(下)》,《政法论坛》1989年第6期。

③ 陈永生:《刑事二审审理方式之改革》,《中外法学》2004年第1期。

④ 顾永忠:《刑事上诉程序研究》,中国人民公安大学出版社2003年版,第177页。

开庭的案件开庭审理，不仅需要立法的进一步完善，更需要相应的配套措施和制度改革予以保障。各国对二审审理方式普遍规定，除了对于法院的命令或决定等只具有程序意义的裁定的上诉，二审可以进行书面审理之外，基本上都是采用开庭审理的形式进行。然而，在我国，对二审案件实行全面开庭审理是不切实际的，其原因在于缺乏二审全面开庭的制度基础。开庭审理符合审判的基本特征以及程序正义的基本要求。

（一）实现二审开庭实质化的措施

新刑诉法虽然扩大了二审开庭审理的范围，却很难医治二审程序存在的“痼疾”。二审程序存在的制度缺陷往往使开庭审理流于形式，从而使开庭审理失去了意义和价值。要使二审开庭成为常态，就必须实现二审庭审的实质化，使裁判结论真正从庭审过程中产生，形成以庭审为中心的审判机制，注意尊重上诉人和其他原审被告人的申辩权利，使开庭审理发挥应有的功能。

1. 完善案件请示制度。司法实践中，一审法院在对一些案件作出处理前向二审法院请示的做法已是司空见惯。而对大多数请示案件，一审法院都是根据二审法院就其请示问题所作的指示作出裁判，二审法院维持一审判决也就理所当然。如此，两审终审实际演变为一审终审，直接导致二审形同虚设。在此情况下，开庭审理也就失去了意义。但在现阶段，完全废除案件请示制度既不现实也欠合理。关键在于对其进行完善，严格界定请示的范围、条件、程序以及上级法院“批复”的效力。具体而言，只有重大社会影响且请示问题仅涉及法律适用的案件，下级法院才可以向上级法院请示；请示与办理的方式必须规范，且原则上上级法院参与请示案件讨论的人员不得办理该案的上诉、抗诉案件；上级法院批复的意见只能作为参考，下级法院拒不执行的，不承担任何责任。^①

2. 明确规定二审证人出庭制度。新刑诉法对一审证人出庭作证作了许多规定，但对二审中的证人出庭却并未涉及。针对这一情况，有些地方司法机关也采取了一些措施，例如在死刑案件中贯彻传闻证据排除规则，强调证人、鉴定人出庭作证；或者选择性地一些案件中让关键证人出庭。但在法律规定不明确的情况下，仅靠司法实践机关的努力难见实效。在司法实践部门看来，证人不出庭已经成为一个不容忽视且无法避免的问题。立法的缺失以及实践中法官对二审证人出庭的不重视使得二审案件的证人出庭率很低，在开庭审理的过程中很少有

证人出庭作证。二审开庭审理的过程中，绝大多数被告人所面对的书面的证人证言，根本无法与证人对质，使控辩双方难以进行充分的质证、辩论，开庭审理的质量难以得到保证，开庭审理难以发挥应有的作用。证人出庭作证对于查明案件事实以及保障被告人权利具有重要的意义，但要求所有二审案件的证人都出庭在目前的条件下尚不可行。对于在一审程序中已经出庭的重要证人，在二审程序中原则上不需要再出庭。但是，如果在一审程序中对证人的质证程序违法或者不充分，而且辩方也要求该证人出庭的，该证人应当出庭。

（二）实现二审开庭常态化的措施

我国现阶段案多人少的矛盾非常突出，因此实现二审开庭审理的常态化必须循序渐进，并对与之相配套的各项措施和制度进行相应的改革。

1. 改革二审全面审查原则。根据全面审查原则，二审法院应当对案件的全部事实认定、法律适用，乃至程序合法等进行重新审理，而不仅仅限于上诉或抗诉的范围。案件数量大，审判力量极其有限，又必须对所有二审案件进行全面审查，必然会在一定程度上牺牲办案质量。因此，如果能对全面审查原则进行修改，只规定部分有需要的二审案件进行全面审查，就能减少法院的工作量，节约司法资源，为扩大二审开庭审理范围提供可能。

2. 提高一审程序的审理质量，减少二审案件数量。我国一审程序的审理质量存在问题。证人、辩护人出庭率低，控辩不平等，直言词原则得不到落实，庭外裁判导致法庭审理流于形式等问题使得第一审程序难以完成认定案件事实的功能，庭审功能的不足使得庭审的结果缺乏公信力。量刑标准不公开，定罪和量刑不分等量刑不规范问题也造成许多当事人对案件的一审结果不满。这使得刑事案件经一审判决以后，检察院提出抗诉的虽然不多，但当事人上诉的却非常多，二审案件的数量居高不下。而在法治发达国家和地区，一审程序的设置较为完备。司法机关行使职权越规范，当事人的权利保护越充分，则一审审理质量越高，当事人对一审结果的信赖程度越高，对二审的需要程度相对越低，提起上诉的数量较少。相反，一审程序设置不合理，审理质量不高，进入二审

^① 金钟：《我国刑事二审程序存在的问题、原因及对策》，樊崇义教授70华诞庆贺文集编辑组编《刑事诉讼法学前沿问题与司法改革研究》，中国人民公安大学出版社2010年版，第475页。

程序的案件也就难以减少。而且,对于办案质量不高的一审案件,二审法官需要花费很多时间仔细审查繁多的案卷材料,极大地增加了法官的工作量。

3. 改革法院和检察院机构设置,增加二审法官和公诉人员的数量。根据北京市人民检察院对案件数量作出的评估,新刑诉法实施后,北京市人民检察院出庭工作量将由现在年均100余件增加到300余件,一、二分院将由年均100余件增加到500余件。^①从二审法院的角度来看,在多数二审案件不开庭审理的情况下,二审法官已经在超负荷工作。二审开庭范围扩大后,需要相应增加二审法官的数量以满足开庭需要。从检察院方面看,需要出席刑事二审开庭的检察人员严重不足,^②且检察官将全部精力都用在一审开庭支持公诉上,没有更多余力用于二审出庭。要确保刑事二审的开庭审理,检察院应进行机构改革,增加公诉部门的人员编制。

四、结语

尽管立法上存在缺陷,现有的司法制度和条件也存在着与扩大二审开庭范围不相配套的问题,但我们不能否认新刑诉法对二审审理方式改革所做的努力,更不能停止对于进一步完善二审审理方式的探索。每一次立法和实践的探索,对于推动法治的发展和进步都具有不可磨灭的意义。对于二审审理的进一步完善,我们应当借鉴国外的先进法治经验,立足司法实践的现状,以规范职权和保障人权为原则,以实践中的可操作性为前提,以实现二审程序的公正性为导向,合理渐进改革,推进刑事二审程序的现代化。我们有理由相信,随着立法的不断

进步与完善,实践的不断探索和创新,将会使包括二审程序在内的整个刑事诉讼制度更加科学合理,从而更有效地实现刑事诉讼法惩罚犯罪与保障人权的目标。

导师王敏远教授点评

王君炜同学近期完成的《刑事二审审理方式的改革与完善》一文,以新刑诉法对二审程序的修改为背景,对二审审理方式改革中存在的问题进行了较为系统深入的阐述,既有对国外先进法治经验的论述,又能立足我国司法实践的现状,结论具有较强的可操作性,为二审审理方式的进一步完善和增强二审程序的公正性,提供了积极的参考意见。本文论证缜密,结构严谨,引证得当,符合学术规范,是一篇非常不错的论文。

本文作者:中国社会科学院研究生院法学系2011级博士生

责任编辑:赵俊

① 笔者于2012年7月起在北京市人民检察院法律政策研究室挂职锻炼,并参加了北京市检察机关贯彻实施修改后刑事诉讼法专题部署会。以上数据来源于北京市人民检察院苗生明副检察长在该专题部署会上的讲话。

② 以廊坊市人民检察院为例,公诉处共11位检察官,能办理案件、出庭公诉的检察官仅6位,对该问题的分析详见陈光中主编《中国刑事二审程序改革之研究》,北京大学出版社2011年版,第84页。

Reform and Perfection of the Mode of Trial in the Second Instance

Wang Junwei

Abstract: The provisions of the mode of trial in the second instance have been reformed in the new criminal procedure law, which is helpful to enlarge the scope of court sessions and strengthen the fairness of the second instance. However, there are also some problems after the provisions are modified. From the perspective of legislation, the standard of the mode in the second instance does not comply with the idea of power regulation and right protection, which should be adopted to clarify the standard of the mode in the second instance by making judicial interpretation. From the perspective of judicial practice, the supporting systems and measures which related to the mode of trial in the second instance do not comply with the requirement to enlarge the scope of court sessions. So it is supposed to reform and make the trial of the second instance more normal and substantial.

Key words: hold a hearing; inquiry hearing; regulate the exercise of power; safeguard human rights