

关于刑事案件第二审程序

审理方式的争论的述评 (下)

王敏远

(三)经二审合议庭审查,认为一审判决主要事实已经查清,只有某些次要事实、情节不清,只需要作相应的调查核对加以弄清即可作出判决的案件;或者上诉人对主要犯罪事实并无异议,只对定性量刑提出意见,且原判决认定事实虽然并无错误,但定性量刑确有不当地,在提审被告人或听取公诉人、上诉人意见后,即可以原审认定的事实为根据予以改判的案件;以及虽然有某些影响定性量刑的情节,原审法院未予调查认定,或者认定有错误,需要重新加以调查认定,而又不必开庭审理的案件。对这几类案件,二审可以采用庭外调查讯问的形式进行审理。

持这种观点的同志认为,庭外调查讯问的审理方式的特点在于:这种方式既可与当事人会面,又可进行实地调查,便于弄清案件真相,可以发现和核对清楚在书面材料中不易发现的问题,补充书面材料中缺少的证据材料,更有利于二审作出正确的判断和认定。因此,这种审理方式可以在某种程度上弥补书面审理的不足。同时,由于这种审理方式还可以减少开庭审理带来的一些琐碎的程式、手续,在保证案件质量的基础上,可以提高工作效率,因此,可以补直接审理的不足。鉴于这些特点,目前全国多数地区都在一定条件下采用这种审理方式,应是比较合适的。当然,由于这种审理方式终究不能全面地进行直接审理,不搞庭前调查,这就限制了当事人和其他诉讼参与人在庭审中行使其诉讼权利。因此,并不能在一切情况下都适用这种审理方式。只是在上述几种情况下,采用庭外调查讯问的方式更适于完成二审任务时,才可以采用这种审理方式。

四、我们认为,第三种观点认为应把关于二审形式问题的讨论与完成二审任务的问题结合起来考虑的观点是有道理的。如果把二审形式仅仅看作是“与如何完成二审任务无关或关系不大的问题,那就很容易把问题的讨论引向空谈。这种空谈的结果,不论把二审形式描绘得多完美,于实际并无意义。然而,仅仅看到二审任务问题与二审形式的关系还不够,这还只是我们讨论二审形式问题所应注意的关键点之一。在讨论这个问题时,我们需要更深入一步考察我国的一些现实中的问题及其发展趋势。这样,才能把问题的讨论引向深入。因此,我们虽然同意应根据具体案件二审的不同任务,分别确定二审应当采用的审理形式,但关于这些审理方式分别应当在怎样的情况下采用,我们认为需要作进一步探讨。

(一)关于直接审理方式

直接审作为二审的审理方式,显然是最理想的。从法律根据上来讲,虽然目前对刑事诉讼法第141条规定中的“参照”一词的含义还有争议,但我国刑事诉讼法中规定的关于审判公开制度、检察院监督审判活动是否违法的职权、当事人及有关诉讼参与人有权行使的诉讼权

利等,显然都只有通过直接审这种审理形式,才能真正全面地得到实现;而法律规定的二审不仅仅审理抗诉或上诉的理由和根据,不仅仅审理一审中的事实问题或法律问题,而应当对一审判决及裁定实行全面审理、纠正一审中的错误的任务,通过直接审,也才能最完满地完成。至少,直接审是完成二审任务最保险的审理方式。因此,不论是从符合法律规定的精神上看,还是从直接效果看,直接审的优点都是很明显的。对此,否认的人大概不会多。然而,全国大多数二审法院却都较少采用直接审方式。这是为什么呢?当然不能认为我们的审判人员大多不理解法律规定的含义,不想使二审任务得到更好的实现。问题在于二审都采用直接审确实存在许多困难。困难之一,是我国地域广阔,一审法院所在地与二审法院所在地往往相距甚远,交通不便,二审采用直接审理的方式费时、费力,相当不易。这一点,理论界参加这场讨论的大多数同志也都看到了。我们认为,这不是唯一的困难,现实中还存在着另一种困难,即二审法院的审判力量不足以应付大量的二审案件,这使二审都采用直接审理的方式的主张,成了一种不现实的理想。众所周知,我国大多数刑事案件的一审是由基层人民法院负责进行的,而作为其上级法院的二审法院,往往下辖几个、甚至十几个基层人民法院,但二审法院的审判力量在人数上与其下辖各个基层人民法院相比,并不相应地成倍增长。另一方面,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,除个别地区或某个特殊时期,当事人上诉的案件一般都占一审判决案件的绝大多数。面对如此大量的二审案件,二审法院如果也象一审法院那样都采用直接审理的方式,显然是不现实的。果真如此,必然导致大多数案件超过审判期限,而这又是违法的;或者二审只是在并不能充分准备的情况下,匆忙开庭,匆忙结束庭审,因而起不到这种审理方式应有的作用。正是因为这个原因,导致了即使在交通方便,一审法院和二审法院相距较近的大城市中,二审法院采用直接审理的方式进行审理的案件,在其审理的全部二审案件中所占的比例也仍然很小。

鉴于上述两种困难(尤其是第二种困难)的客观存在,一味强调直接审理方式的优点,要求二审法院都采用这种方式进行审理,就只能是一种不切实际的幻想。我们认为,在目前的条件下,对下列几类案件应采用直接审方式进行审理:

1. 作出一审判决的法院是中级人民法院或高级人民法院的案件。这类案件一则都是影响较大的或是罪行重大的,有必要进行直接审理,二则这类案件的量相对来说较少,二审法院进行直接审一般也易于承受。
2. 检察院提出抗诉的案件。这类案件不仅比较复杂,而且一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。
3. 原判决事实不清或者证据不足的,由于各种原因不宜裁定撤销原判、发回原审法院重新审判的案件,其中“事实不清”、“证据不足”足以对定罪量刑有重大影响的,应当进行直接审。刑事案件经过侦查、起诉和一审审判三个阶段,一般都能达到事实清楚、证据确凿充分,事实不清或证据不足的很少,对定罪量刑有重大影响的事实不清或证据不足的案件更少。对这部分案件,二审法院完全有能力进行直接审。并且,这部分案件也说明了其复杂性及其影响非同一般,有必要通过直接审这种审理形式慎重对待。
4. 其他对社会有重大影响的案件。这类案件有时犯罪虽不严重,但由于涉及的人较多或影响的面较广,群众比较关心,为了使审判真正完成“教育公民自觉遵守法律,积极同犯罪行为作斗争,以维护社会主义法制”的任务,有必要进行直接审,使审判活动公之于众。当然,这部分案件的量也不会大,二审法院

进行直接审也不会太困难。

就我国目前的现实情况来看,我们认为上述几类案件,二审应当并且能够采用直接审形式进行审理。虽然部分地区由于存在着距离太远、交通不便的困难而难以对这些案件都进行直接审,但随着条件的改善,这种困难以后也不会成其为问题。目前,至少对大多数地区来说,要求二审法院对这些案件进行直接审不仅合法而且合理。另外还有一点需要注意,即一审和二审法院所在地较远、交通不便的困难虽然能随着条件的改善而逐步消除,二审法院的审判力量不足以用直接审的方式对付全部二审案件的局面也会有所改善,但二审法院采用直接审的方式进行审理的案件范围即使在今后也不宜过分地扩大,至少不可能扩大到所有的二审案件。其原因不仅在于我们在后面将提到的有些二审案件不经过直接审就足以完成二审任务,因而无需进行直接审,而且由于:第一,期望二审法院的审判力量今后将会足以用直接审的方式应付所有二审案件,大概在较长的时间内都是不现实的;其二,更重要的是,二审法院的主要职能并不在于其对二审案件进行直接审理上,而是对其管辖的案件进行一审审判及其下辖的下级法院的审判活动进行监督、指导。就二审法院的最后一项职能来说,如果认为只有通过直接审的方式才能实现是偏面的。二审法院对其下辖的下级法院的审判活动进行监督、指导职能,可以而且应当通过各种方式实现。鉴于以上两点,对二审法院采用直接审形式进行审理的案件范围,今后会有怎样的变化,我们应有清醒的认识。

(二)关于书面审方式

书面审完全不与当事人会面,也无检察人员监督审判,审判人员只是根据一审书面材料进行审理,就对案件作出最终裁定,因而带来了许多弊病。我们完全同意否定书面审的同志的意见,即这种种弊病的存在,不仅不利于全面正确地查明一审判决中可能存在的事实根据及适用法律方面的问题,而且剥夺了或至少是部分剥夺了当事人及有关诉讼参与人在二审中的诉讼权利、检察院对二审审判活动是否合法进行监督的职权。这显然是违法的。我国现行刑事诉讼法及有关法律规定的在刑事审判中当事人及有关诉讼参与人的诉讼权利、检察院对审判进行监督的职权,并未规定只存在于一审之中,因此,即使在二审中这种权利及职权的行使会与在一审中有侧重点的不同,但在二审中同样应予保障却是不能否认的。即使将来刑事诉讼法及有关法律规定会有一些变化,但从发展趋势来看,诉讼制度的民主化只会进一步加强,因而当事人及有关诉讼参与人在二审中的诉讼权利,也应进一步明确并扩大,而不是取消或部分取消;诉讼中检察院与法院之间互相配合、互相制约的原则也只会进一步强化和具体化,因而检察院对二审审判活动的监督也不可能被否定或部分否定。

从以上论述可见,书面审方式不论是现在还是将来,都是一种应予否定的二审审理形式。但是,这种审理形式目前却为许多二审法院采用。采用这种形式的原因是多样的,我们认为,持第一种观点的同志对这种原因的分析是有道理的,即这种原因既包括历史遗留的因素,以及对现行刑事诉讼法及有关法律的有关规定的误解,也包括二审审判人员主观上的原因。这些原因当然不应是采用书面审的合理合法的根据,却是否定书面审的有力佐证。同时,我们认为还有一个原因值得注意,即客观原因。采用书面审的客观原因包括两个方面:第一,采用直接审方式客观上确实存在着前述两种困难,因而只得改而采用书面审形式;第二,有些二审案件采用书面审的方式进行审理,确实足以完成二审任务,因此没有必要采用其他审理方式。关于第一个方面的客观原因,我们认为采用直接审的困难虽然是客观存在的,但如果以采用书面审的方式屈从于这两种困难,则是违法的,并且于二审完成其任务也是有弊无利

的。因此,这两种困难不应成为采用书面审的原因。就第二个方面而言,应该承认,确实存在着只需要进行书面审即可完成二审任务因而没有必要采用其他审理方式的必要情况。例如二审法院通过书面审,即发现原审判决事实不清或证据不足,需要裁定撤销原判,发回原审法院重新审判的案件,以及二审法院通过书面审即发现原审法院违反法律规定的诉讼程序,可能影响正确判决,应当撤销原判,发回原审法院重新审判的案件。对这两类案件,二审法院既然在书面审中已发现应发回原审法院重审,当然就没有必要再采用其他审理方式;并且,二审法院作出发回重审的裁定,从法律意义上说,并未对当事人的有关实体问题作出判决,当事人及有关诉讼参与人的诉讼权利也就不仅不会因此而被剥夺,而且能够得到更充分的保障,使其再次通过一审审判得到充分行使的机会。从这个意义上讲,我们认为书面审对二审而言,并不应绝对排斥,而是有其存在的价值的。重要的并不是否定书面审这种审理形式,而是如何确定采用书面审的案件范围。我们认为,除了上述两类案件外,其他案件都不宜采用书面审。其理由如前所述。而在这两类案件中,也需要分析确定哪些案件需要撤销原判,发回原审法院重审。就第一类案件而言,刑事诉讼法第136条第3项规定,二审法院既可在查清事实后改判(这当然不能采用书面审方式),也可以裁定撤销原判,发回原审法院重审。只有后一种情况才是只需要进行书面审的案件。这种情况还需要不断总结审判经验,研究确定其范围。目前至少可以确定以下几个标准,以划定其范围:第一,需要采用侦查手段才能进一步查清事实、收集证据的。这种案件,因为需要发回检察机关补充侦查或重新侦查,因而不宜由二审法院通过调查后直接改判;第二,原判决遗漏重要犯罪事实或遗漏被告人的。这种案件需要检察机关补充起诉或重新起诉,不宜由二审法院直接改判;第三,其他不宜由二审法院通过调查后直接改判的案件。就第二类案件而言,根据刑事诉讼法第138条的规定,二审法院发现一审法院违反法律规定的诉讼程序的,并不都发回原审法院重审,而只是在因此而可能影响正确判决的时候,才应撤销原判,发回重审。但对如何判断“可能影响正确判决”的违法情况,刑事诉讼法并未作明确规定。我们认为,这种情况至少应包括以下两个方面:第一,一审法院违反刑事诉讼法及有关法律规定的一系列诉讼基本原则的情况。如违反公开审判、回避、民族语言文字原则等。第二,一审法院未能依法保障当事人及有关诉讼参与人依法享有的基本诉讼权利,如被告人的辩护权等。如果这些权利被剥夺或侵犯,审判的公正性和正确性就很可能值得注意,有时这种当事人的合法权利被剥夺或侵犯的情况,并不发生在一审法院开始审理之后,而是在在此之前,如在侦查中有刑讯逼供或在起诉阶段有诱供等。此时,虽然不是“一审法院违反法律规定的诉讼程序”,但一审法院在审理过程中如果发现这种情况而又未作相应的处理,显然也应认为属于“可能影响正确判决的”情况。

综上所述,我们认为,书面审是有其存在价值的,采用书面审的案件范围也是能够确定的。因此,虽然书面审这种审理形式目前尚缺少法律依据,但通过对审判经验的总结,今后在修改刑事诉讼法时是可以对此作出补充规定的。目前可对此进行司法解释,一则暂时先解决采用这种审理形式的法律依据,二则可以限定采用这种形式进行审理的案件范围,以防止出现任意采用书面审这种审理形式的现象。

(三)关于庭外调查讯问方式

从前面两个问题的分析中我们可以看到,直接审和书面审这两种审理形式,只适用于极少部分二审案件,其他大多数二审案件,看来都不适合采用这两种审理形式。正是因为这种情况,实践中出现的庭外调查讯问的审理方式,就尤其值得认真探讨。我们为,目前我国大多

数二审案件，都适于进行庭外调查讯问的方式。这些案件主要有以下几种：第一，对定罪量刑有重大影响的主要事实、情节已经查清，只有某些次要事实、情节不清，或者某些对定罪量刑影响不大的证据不充分或不确凿，需要二审法院调查核对搞清楚的案件；第二，一审法院违反法定诉讼程序，但尚未达到影响正确判决的案件；第三，原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误或者量刑不当的案件；第四，其他不适宜采用直接审或书面审的案件，这类案件主要是指原判决虽然从书面材料来看没有什么问题，但由于二审法院作出维持原判决的裁定对当事人的实体权利有直接的、决定性的影响，因而需要直接倾听当事人的意见，以避免可能出现的错误。需要指出的是，确定采用何种形式进行审理时，重要的并不是象许多学者认为的那样，依据上诉或抗诉提出的意见及其根据属于什么性质，而应是二审法院通过全部案卷材料仔细审查后所发现的问题，再依据这一问题的性质，确定所需采用的审理方式。因为有些问题在抗诉或上诉中并未得到反映，但通过仔细审查全部案卷后就能发现。

我们认为，庭外调查讯问的方式是符合立法的基本精神的，并且对于正确、迅速地进行审判具有积极意义。其理由如下：第一，这种审理方式也需要以全面审查为基础，而并不仅仅是根据上诉中所提出的问题进行了审理。第二，这种审理方式符合刑事诉讼法规定的二审参照一审程序的规定精神。我们认为，“参照”的含义一方面意味着不能背离参照对象的基本点，另一方面也意味着两者应有所不同。二审虽然是对一审案件进行全面审查，但这绝不意味着是重复审查。二审的任务主要在于发现和纠正一审中出现的错误，而不是重复进行一次审判活动。二审发现一审中存在着的问题，就可根据所发现的问题确定审理的重点，并据此进行一些庭外调查活动和讯问被告人的工作。而这种不同于一审任务的地方，正是二审“参照”一审程序而不是依照一审程序的原因。第三，这种审理方式的实际效果较好。正如许多学者所指出的，这种审理方式既避免了直接审理需要开庭所带来的复杂程序，又补充了书面审理的不足。更重要的是，我们认为这种审理方式还便于有效地完成二审任务。由于二审在确定采用何种审理方式之前，一般都需要先进行书面审。通过对全部案卷材料的审查，对其中存在的问题的分析，才能确定应当采用的审理形式。除了明显应采用直接审的案件和只需进行书面审的案件外，其余都需要采用庭外调查讯问的方式进行审理。但由于仅对案卷材料进行审查，许多问题尚不易发现，通过庭外调查讯问又往往可以发现案卷材料中未反映出来的问题。因此，这种审理方式既可以为进一步调整审理形式提供根据，也可以使通过这种方式审理的案件得到正确的处理。

然而，我们认为庭外调查讯问的方式现在是一种适合于多数案件的审理形式，并不是说目前实践中出现的这种审理方式没有弊病。因此，需要完善这种审理方式。完善这种审理方式，主要应从以下两个方面作一些补充规定：第一，二审法院不但应作相应的庭外调查，弄清事实真相，而且除了当面倾听当事人的口头陈述之外，当事人如果委托辩护人或代理人的，还应当通知辩护人和代理人到庭，听取他们的意见。那种认为当事人已经通过上诉状充分行使了其诉讼权利、不需要再听取辩护人或代理人的意见的观点是错误的。因为上诉状有时并不能全面反映当事人的意见，并且，不论是从法律规定上看还是从实践中的效果来说，当事人正确、充分地行使其诉讼权利，往往离不开其辩护人和代理人的帮助，如果不重视他们的帮助，所谓保障当事人行使诉讼权利，往往会成为一句空话。第二，公诉案件及部分自诉案件应当听取检察人员的意见。当案件进入二审，不论是因抗诉还是上诉引起的，都表明检察机

(下转第30页)

伤害在一般情况下可以区分开来。但是，有时对“临界状态”的损伤也难以确定。若按分工立案原则，在这种情况下，会出现人民法院与公安机关互相推诿的情况。但是，按独家立案原则，因人民法院对轻伤害不负责立案，或曰无立案权，那么，上述情况就不会出现。公安机关立案后，经过立案侦查或调查，对符合追究刑事责任的，依照刑事诉讼法第93条的规定，写出起诉书或者免于起诉书，连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定，对需要给予治安处罚的，依照治安管理处罚条例逐条作出处理。3.由于伤害案件占刑事案件的大部分，侵害的是被害人的人身生命和人身健康等等权利，公安机关平时负责社会治安，而伤害案件多源自治安因素，因此，由公安机关受理案件方便，处理办法灵活。发现属于严重伤害案件，就移送人民检察院起诉，发现属于轻伤害案件，可移送起诉，也可组织并主持当事人作调解工作，发现属于轻微伤害案件，就逐条治安管理处罚条例处理。4.伤害案件中，行为人的行为，

有的是一个或几个行为侵害了一个或多个客体；行为人中，有的属于结合犯，有的属于牵连犯，因此有的构成伤害罪，有的构成既有伤害罪，又有其他罪的案件。若立法机关规定构成重伤罪又构成其他罪的案件，统统由公安机关受理、立案。这样，有助于及时收集证据，迅速破案，使案件得到及时处理。因为，一方面公安机关侦查力量强，技术设备精良，容易查清伤害罪的案情和该案中的其他罪行情况；另一方面，明确管辖以后不会发生相互推诿现象，有利于案件的及时处理和维护被害人的利益。

①② 《法学》1988年第3期第8页。

③ 《政治与法律》1987年第6期第4页。

④ 《检察官手册》第147页，黑龙江人民出版社1987年版。

⑤ 《江苏法制报》1988年12月24日。

⑥ 《武汉法制报》1988年7月22日。

⑦ 《人民公安报》1987年12月18日。

⑧ 吕宏伟：《立案制度中的几个问题》第33页

(上接35页)

关的公诉任务和监督审判的任务没有结束。听取检察机关的意见，既是其完成公诉任务和监督审判任务的需要，也是贯彻刑事审判中法院和检察机关互相配合、互相制约原则的需要。我们认为，只有这两个方面得到完善，二审中的庭外调查讯问审理方式，才能真正能起到其作用，而不致流于形式。

综上所述，我们认为，二审中的审理形式问题，是一个关系到更好地完成二审任务的重要问题。为了更完满、有效地完成二审任务，二审可以采用多种审理方式。但是，在怎样的情况下应采用哪一种审理形式，应在刑事诉讼立法中有所体现。如果说在制定刑事诉讼法的时候，由于条件不成熟，实践经验不够，因此不能对此作出规定的話，那么，在总结实践经验的基础上对此作出具体规定，以结束目前在采用审理形式中的不统一现象，使二审完成其任务有可靠的程序保障，就已是势在必行了。

