

## 刑事二审是审判公正的保障程序

中国社会科学院法学研究所研究员 王敏远

新刑事诉讼法关于刑事二审程序的修改内容比较多。二审终审制是我国刑事审判的基本制度，这在1979年制定的刑事诉讼法中就已经确立。在二审终审的背景下，二审程序对司法公正的保障作用特别重要。现行刑事诉讼法的规定所确立的我国刑事二审程序的框架结构、适用的原则以及相关程序规定，实践证明对司法公正的保障发挥了积极作用，但也存在需要进一步完善的问题。为了使二审程序更好地发挥对刑事司法公正的保障作用，这次修改关于二审程序的内容较1996年修改刑事诉讼法涉及的内容更多。

关于修改二审程序的内容及其目的，全国人大常委会副委员长王兆国在《关于的说明》中作了系统说明，主要是“明确第二审应当开庭审理的案件范围，对发回重审作出限制规定。一是，为保证案件的公正审理，进一步明确了第二审应当开庭审理的案件范围，增加规定：上诉人对第一审认定的事实证据提出异议，可能影响定罪量刑的，被告人被判处死刑的上诉案件等，第二审人民法院应当开庭审理。二是，为避免案件反复发回重审，久拖不决，增加规定：对于因事实不清楚或者证据不足，第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件，原审人民法院再次作出判决后，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的，第二审人民法院应当依法作出判决或者裁定。三是，为落实上诉不加刑原则，避免发生在上诉案件中第二审人民法院发回重审，下级人民法院在重审中加刑的情况，增加规定：第二审人民法院发回重新审判的案件，除有新的犯罪事实，人民检察院补充起诉的以外，原审人民法院也不得加重被告人的刑罚……”由于最终获得通过的修改决定关于二审程序的规定与草案的规定无异，因此，这段说明应是我们正确认识和理解新刑事诉讼法关于二审程序规定的基础。基于对我国刑事二审程序的功能的认识，笔者将对新刑事诉讼法关于二审程序三个方面的内容予以分析。

### 一、我国刑事二审程序的功能

关于我国的刑事二审程序的性质问题，理论界对其究竟应定位于复审程序还是续审程序抑或是对一审裁判的监督，意见不一。然而，人们对我国刑事二审程序的功能，应有基本的共识，即在我国二审终审制的司法体系中，刑事二审法院对一审裁判经审理后，不论结果是维持一审裁判还是改判抑或是撤销原判、发回原审法院重审，功能却是一致的，即确保刑事审判的公正性。二审法院维持正确的一审判决和裁定，固然是其保障司法公正的功能的体现，此外，我国的刑事二审程序从两个方面体现其对审判公正的保障功能，其一，纠错功能，其二，权利救济功能。

从纠错的功能来看，根据有关统计数据，我国近二十年来，经刑事二审程序审理后，维持原判的比例基本保持在70%以上，二审改判和发回重审的一般在25%左右，近些年来，维持原判的比例有下降的趋势，而撤销原判、发回原审法院重审的比例有上升的趋势。这一情况表明，我国刑事二审程序对纠正一审判决和裁定的错误，发挥着重要的作用。从权利救济的功能来看，虽然经二审的大多数刑事一审裁判得到了维护，但这并不意味着可以据此论断多数二审案件的必要性不存在。因为，二审法院直接改判或撤销原判发回重审以纠正一审判决和裁定中的错误，对因错误的一审判决和裁定而受到影响的合法权益，当然是一种有效的救济，即使二审法院维持原判，对不服一审判决或裁定的当事人来说，其权利救济的功能同样应予肯定。因为此时其上诉权等基本权利因二审程序而得到了保障。

明确我国刑事二审程序的这两个基本功能，是我们认识和分析新刑诉法关于二审程序问题的修改内容的基础。

## 二、明确并扩大应当开庭审理的案件范围，以更好地发挥对公正审判的保障功能

就进一步充分发挥我国刑事二审程序对公正审判的保障功能而言，新刑事诉讼法从三个方面对二审程序予以完善，其中之一是在原刑事诉讼法规定的对检察机关提起抗诉的二审案件应当开庭审理的基础上，明确并扩大了二审应当开庭审理的案件范围。笔者认为，这不仅是针对我国多数二审案件不开庭审理的情况(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%)，更主要的是为了有效解决二审程序的公正性问题。作为对公正审判有着保障功能的刑事二审程序，其自身的程序设置应当符合公正审判的基本要求，而开庭审判是公正审判的基础，因此，明确并扩大二审开庭审理的案件范围，对于提高我国刑事二审程序的公正性，具有积极意义。显然，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，是新刑诉法首先要解决的问题。

我国刑事诉讼实践中对二审案件的审理方式主要有两种，即开庭审理和不开庭审理。基于二审的原因不同而使二审开庭审理的必要性程度在不同的案件中有差异。基于我国二审法院应对的二审案件的数量和其审判人员的数量现实中存在的落差，我国现在还不可能对所有的刑事案件二审都开庭审理，因此，新刑诉法只是增加规定了三类开庭审理必要性特别突出的案件应当开庭审理，其中的两类十分明确，即上诉人对第一审认定的事实、证据提出异议，可能影响定罪量刑的，被告人被判处死刑的上诉案件。对于这两类新增的应当开庭审理的案件，其必要性比较容易理解，至于第三类应当开庭审理的案件，即新刑诉法第223条第4项增加规定的“其他应当开庭审理的案件”，其含义需要通过立法解释和司法解释予以进一步明确。

笔者认为，对这类需要通过司法解释进一步予以明确应当开庭审理的，至少应当考虑以下两种案件。第一种是上诉人虽未对第一审认定的事实、证据提出异议，但其上诉理由对定罪量刑有重要影响，且控辩双方意见分歧明显，从法律适用的角度来看疑问较大的案件，即所谓的法律适用方面的疑难案件。这类案件应当开庭审理，既是因为开庭审理更有利于控辩双方全面展开争议，以使二审法院对这样的疑难案件的认识建立在充分听取双方意见的基础之上，也是因为法律适用上有疑难且对定罪量刑有重要影响的案件，在司法实践中数量相对较少，因此，明确规定这种案件应当开庭审理，既有必要，也不至于过多增加二审开庭审理的案件数量。第二种是社会影响大，需要通过二审法院开庭审理的案件。鉴于公众对这类案件的关注，使得开庭审理的必要性特别突出。当然，从司法实践的情况来看，这样的二审案件数量也不会多。至于如何确定案件的社会影响程度，则是个需要实践探索的问题。

## 三、限制撤销原判、发回重审的适用，以增强对司法公正的保障功能

新刑事诉讼法第225条增加规定了一款内容，即原审人民法院对于因事实不清或者证据不足而发回重审的案件经重审作出判决后，又一次进行二审的，不论是基于被告人的上诉还是检察机关的抗诉，二审法院均应依法作出判决或者裁定，不得再以一审判决事实不清或证据不足为由发回重审。这项规定主要是为了解决司法实践中屡有出现的案件反复发回重审、久拖不决的问题。

二审法院因为事实不清或者证据不足而将案件发回原审法院重审，是1979年制定的刑事诉讼法对二审法院审理之后可以选择的一种程序结果。这样的规定，从刑事诉讼的基本原理而论，大可质疑，从实践的效果来看，问题不少。需要说明的是，这一规定是符合当时所信奉的原则的，即二审法院经审理后认为事实不清或者证据不足，按照实事求是原则的要求，既不应作出有罪判决，也不能作出无罪判决，因此，将案件发回原审法院，由其按照当时的刑事诉讼法的规定或自己查清案件后作出判决，或退回检察机关。然而，在1996年修改刑事诉讼法之后，由于确定了一审法院经审理认为事实不清、证据不足的，应当作出无罪判决的原则，对二审法院仍然可以因事实不清、证据不足而将案件发回重审的规定，与刑事诉讼法对一审法院的这个要求明显不符。换句话说，事实不清、证据不足的案件，在一审中就应作出无罪判决，在二审中却可以发回重审，从刑事诉讼的基本原理来审视，确实应予质疑。而从司法实践的效果来看，虽然不乏发回重审之后，经一审法院查清事实作出了正确判决的实例，然而，经常出现的情况是，由于时过境迁，

查清案件的最佳时期已错过，即使反复发回重审，也无法查清案情。这对于司法公正产生了严重影响。这次修改虽然未能彻底解决这一问题，但因为限制了二审法院退回原审法院重审的次数，而将问题的解决作了积极的推进。

当然，我们在肯定新刑事诉讼法为解决此问题积极推进的同时，也应当期待今后的司法实践更进一步地解决这个问题。例如，是否可以通过司法解释，对二审法院因事实不清、证据不足发回原审法院重审予以严格限制，只有在发回重审后有查清案件事实的现实可能性时，才可以发回重审，否则，二审法院就应作出无罪判决。果若如此，将可以为今后彻底解决这个问题奠定良好的基础。

#### 四、进一步落实上诉不加刑原则，以更充分保障上诉权

新刑事诉讼法第 226 条规定：对于上诉案件，第二审人民法院发回重新审判的，除有新的犯罪事实，人民检察院补充起诉的以外，原审人民法院不得加重被告人的刑罚。这是为落实上诉不加刑原则，避免发生在上诉案件中第二审人民法院发回重审，由下级人民法院在重审中加刑的情况。

我国的刑事二审程序所具有的权利救济功能，其实现有赖于对上诉权的充分保障，而上诉不加刑原则是对上诉权的基本保障。自从 1979 年制定刑事诉讼法之后，我国就已经确立了上诉不加刑原则。然而，司法实践中违反上诉不加刑原则的情况时有发生。在刑事诉讼法实施了三十多年后，现在的二审法院虽然不至于作出直接违反上诉不加刑原则的判决或裁定，但在司法实践中，变相违反上诉不加刑原则的情况，仍有发生，以发回原审法院重审，由其经过重审后作出加重刑罚的判决，这种变相加刑的方式，就是其中的一种。上述新的规定，针对的就是这种情况。

通过修改刑事诉讼法解决司法实践中存在的变相违反上诉不加刑原则的问题，对于真正落实上诉不加刑原则、维护被告人的合法权益、实现刑事二审程序的权利救济功能，具有十分重要的作用。就此而言，上述规定具有十分重要的积极意义。然而，应当看到，司法实践中变相违反上诉不加刑原则的方式，并不止这一种。因此，为有效而彻底解决变相违反上诉不加刑原则的问题，我们还需要研究其他一些问题。例如，实践中发生的二审法院在对上诉案件进行审理后，认为一审判决量刑畸轻，而采用先维持一审判决，旋即根据审判监督程序的规定提起再审，通过再审对被告人加刑。这种规避上诉不加刑原则的情况，因为有相应的司法解释予以支持，而在实践中更为常见。1998 年最高人民法院《关于执行若干问题的解释》第 257 条规定：“第二审人民法院审理被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属提出上诉的案件，不得加重被告人的刑罚……”而该条第 5 项规定：“对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，不得撤销第一审判决，直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回第一审人民法院重新审理。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审判。”

对这样的变相加刑问题如果不能妥善解决，显然不利于落实上诉不加刑原则。当然，应当看到，最高人民法院当初制定这一规定有其特定的观念背景，即认为法院和检察院负有相同的职责，不能无视重罪轻判的问题。然而，从现在的相关制度背景和观念背景来看，这样的司法解释应当反思。基于控诉职能中包含着求刑权的内容，因此，一审判决中如果存在刑罚畸轻的问题，理应通过检察机关的抗诉求得解决；基于现在正在普及的由检察机关提出量刑建议的司法实践，使控诉职能的分离进一步得到制度化推进。因此，对二审法院仍然主动纠正一审判决的“刑罚畸轻”，其在刑事诉讼中的替代控诉机关的角色意识，需要反思。一审法院作出的判决即使“刑罚畸轻”，在检察机关未提出抗诉的前提下，由二审法院违反上诉不加刑原则而予以加刑，这种做法与今天人们普遍认同的法院作为审判机关所承担的职能，明显不符。

因此，如果在观念上未能根据新刑法所倡导的杜绝变相加刑的要求作相应的改变，即使新刑法作出了防止变相加刑的规定，其对于解决现实中变相加刑的问题会有怎样的效果，仍是疑问。由此可见，真正落实上诉不加刑原则，彻底杜绝变相加刑，不仅仅是立法问题，更是司法的问题。我们期待司法机关顺应刑事诉讼的发展规律，根据新刑法所倡导的保障上诉权的精神，

调整观念，改变那些违反上诉不加刑的做法，以使我国的刑事二审程序更好地实现其对司法公正的保障作用。