

# 论刑事发回重审制度之废除

——解读《中华人民共和国刑事诉讼法》第二修正案(学者建议稿)的相关规定\*

□张步文<sup>1</sup>,杨加明<sup>2</sup> [1. 重庆邮电学院,重庆 400065; 2. 吉首大学 法学院,湖南 吉首 416000]

**摘要:**刑事发回重审制度在“79”刑事诉讼法和“96”刑事诉讼法得到了完全一致的规定,但该制度有悖于现代诉讼理念,在法理基础和社会原因上存在诸多缺失。根据我国刑事发回重审制度的司法实践,参照国外相应的成功经验,该制度应当废除,而不能寄希望于单纯外科式的改革。

**关键词:**刑事;发回重审;制度;废除

**Abstract:** The criminal re-justice system has reached a consistent regulation in the process of “79” and “96” criminal suit law. But it does not adapt to modern sue ethics, and it also has many defects in law ethics and social aspects. According to the judicatory practice of China’s criminal suit law, and referring and comparing to correspondent foreign successful experience, this system ought to be abolished, and we should not throw hope on solely surgical reform.

**Key words:** penalty; re-justice; system; abolishment

中图分类号:DF 718.2

文献标识码:A

文章编号:1009-1289(2006)01-0083-04

我国三大诉讼法都设置了二审法院对上诉案件裁定发回重审的制度。现在,发回重审是适用得非常广泛、频繁的诉讼制度,而且效果很不理想,有时还导致极其严重的后果,余祥林一案的悲剧就是明证和典型。这项制度的合理性受到了多方质疑。<sup>[1]</sup>《21世纪中国刑事程序改革研究——〈中华人民共和国刑事诉讼法〉第二修正案(学者建议稿)》(以下简称《建议稿》)中,对刑事发回重审制度已经予以废除。

尽管在《建议稿》中,对废除发回重审制度的意义有所交代,但是,没有专门论证,使得废除发回重审制度的理论根据和理论论证略显不足。由于笔者较早地提出和坚持“应当完全废除重审制度”的主张,感到有必要就刑事发回重审制度之废除做进一步阐释。

## 一、刑事发回重审制度的法理基础和社会原因缺失

第一,二审程序的实质就是直接纠错,确定法律关系,直接实现一审所缺失的价值目标。

刑事司法活动是典型的以国家强制力量直接对抗个体的权力活动。国家设立、动用专门的组织体制、物质技术力量,对被认为应当追究刑事责任的人进行侦查、起诉和审判,最终可能施以刑罚。国家的刑事追诉活动是专门化、专业化的,是以公共资源和力量消耗为保证和代价的,

追诉者和被追诉者的处境、所拥有的资源和手段天然不对等,没有实质平等可言。因此,追诉者的追诉应当是公平的、正义的,应当有效率 and 效益。当案件经过一审,而在二审时却发现证据不足、事实不清,或者发现一审管辖错误,这只能说明此前的追诉有失效率,没有效益,公共资源无效耗费,公权力的公信力受到损害,甚而对被追诉者已经有违公平、正义。而设置二审程序,正好可以亡羊补牢,即在二审发现了诸如此类的问题时,可以直接实现刑事司法的公平、正义、效率和效益,这也恰好是设立二审程序、实行两审终审的实质内容和价值所在。

第二,不应当对刑事追诉的无效或者低效设置制度化的保护程序。

发回重审制度,是对无效追诉活动(包括无效指控和无效审判)的制度化保护,并加剧无效刑事追诉和审判的消极后果。显然,一审时指控和审判的无效,并没有在二审时被及时纠正和补救,反而使得二审也做了无用功。更严重的后果是,如此导致公共资源、国家权力的公信力被恶性循环所耗费。实际情形正是如此,“一审→上诉→二审→发回重审→一审→……”成为一个无限循环、永无止境的诉讼怪圈,案件永远在一审与二审程序之间反复运作,永无终了。实践中,有的案件反反复复,经过多次发回重审→上诉程序,搞拉锯战,一拖就是经年累月,甚至十几年不得结案。在我国三大诉讼中,设立发回重审制度的初

\* 收稿日期:2005-05-25

作者简介:张步文(1966-),男,重庆开县人,副教授,法学博士,主要从事刑事诉讼法研究。

衷,即实事求是、不枉不纵、有错必纠,已经被这一制度的实际运行扭曲得差不多了,它加剧了司法无效、司法内耗。发回重审制度也显然与程序正义的及时性原则,即程序及时终结的要求不相容。“迟来的正义是不正义”,在这个意义上,发回重审制度是一种耗蚀正义的制度。

第三,被告人成为发回重审制度弊端的真正承受者。

按照无罪推定,被告人在有罪判决生效前,不能被视为有罪,不能受到有罪处遇。即使被告人因涉嫌犯罪,在具有法定情形条件下,包括自由在内的权利要受到某些限制,但是,他没有义务为刑事司法的无效或者低效而承受额外负担。然而,发回重审制度,至少使被告人非正义地承受了两项重大不利后果:一是由于案件发回重审,被告人的法律地位始终不确定,权利遭受侵害,权益难以保护。即使确有可能已经犯罪的被告人获得及时公正的判决,也是他有权得到的正义的组成部分。对于那些被羁押候审的被告人来说,反复的审判所带给他们的羞辱与苦楚,(除死刑外)不逊于自由刑。对清白无罪之人,必定无辜受冤,长期得不到清白,严重损害个人的人格,动摇他甚至整个社会对审判权威的信赖和信仰。二是,在不正当的追诉威压下,被逼屈忍种种官方(包括控方和法院)处置。很有典型性的,就是有的追诉机关、一审法院施展策略,以让二审发回重审、再在重审时加重刑罚为威胁,使一些被告人在一审之后,宁愿接受一审的不利裁判,也不愿意或者不敢上诉,使得二审被架空,正义永远地不能实现。

按照疑罪从无的原则,不论一审还是二审,在遇到证据不足、事实不清,不能认定被告有罪的情况下,都应当作出无罪判决。不能在制度上进行这样的安排:二审法院只在部分情形下,应当适用罪疑从无的原则,而在另外的情形下,由其选择是否适用这项原则,或者干脆将案件一推了之,二审法院在适用直接改判与发回重审时,可能出现独断、怠惰、随意,引致混乱和无序,因而危害罪疑从无原则的全面、有效贯彻。

第四,发回重审制度的法律规范环境已经移易,社会条件已经变迁。

上世纪80年代到90年代年前半期,刑事案件一旦起诉到法院,在法院诉讼过程中,审判员就要对案件进行调查取证。法官负有自行取证、查清事实、作出裁判的责任。在当时的历史背景下,二审法院对证据不足、事实不清的案件发回重审是有积极意义的。依照现行刑事诉讼法,我们实行了控方举证原则,控方证据不足,不能证明被告人构成犯罪,就应承担败诉责任。法官只能根据控方和被告人提供的证据进行审判。至于证据足与不足是控方的责任。只有这样才能提高控方收集证据的意识和能力,提高法院的办案效率。至于一审中违反诉讼程序可能影响公正判决的行为,更不能作为发回重审的理由,相反地,那应是可以作为对一审承办人员进行不同方式的司法惩戒的理由。

第五,个别情况下,发回重审制度被滥用、乱用,成为某些政法部门、司法机关规避正当法律程序,单独或者联手制造刑事冤假错案的工具,制度的正义价值和意义完全

被扭曲和丧失。

这方面最典型的案件,当数湖北京山县余祥林的“杀妻凶犯”一案。人民网直接采用了这样的报道标题:“湖北‘杀妻’错案:滥用发回重审是致冤案主因”。2005年4月1日,入狱已11年之久,蒙受“杀妻凶犯”之罪的余祥林,在其妻张玉突然“复活”后的第四天,重获人身自由。余祥林一案暴露出刑事诉讼法本身以及政法机关、司法部门在执行刑事诉讼法当中的许多问题,而该案严重地损害了制度正义性的价值和党群关系,值得深思和反省。

## 二、刑事发回重审制度应予废除而非“改革”

我们主张(至少在刑事诉讼中,应当)直截了当地废除发回重审的制度。就我国的刑事重审制度而言,“改革”并非是一条理想出路。目前,学术上有关发回重审制度的“改革意见”,集中起来有三个方面。<sup>[2]</sup>

第一,重新确立发回重审的条件。

有学者主张,重新界定发回重审的标准和理由。对违反法定程序的案件应一律发回重审,以体现程序合法标准,改变重审制度的“重实体、轻程序”的做法和观念。

他们认为,现行诉讼法规定的“事实不清、证据不足”这一发回重审的标准和理由,由法官自由裁量,不确定性过大。这一标准不利于强化当事人(刑事诉讼的控方)的举证责任,而是在鼓励一审法院主动、积极地调查案件事实,介入控辩双方的争议,甚至是站在某一方的立场调查取证,否则,二审法院会以“事实不清、证据不足”为由发回重审。以这个标准发回重审,有将本应由诉讼一方承担的举证责任转嫁给法院承担之嫌。在刑事诉讼中,采用“事实不清、证据不足”作为发回重审的标准,与“无罪推定”和罪疑从无的原则相悖。司法实践中,二审法院还以“适用法律错误”、“判决不当”等任意性标准将案件发回重审,混淆了发回重审和改判的权责界限,是权力滥用的表现,将这些非法定事由引入发回重审程序中,会导致重审制度更加无序、威信更加降低。

第二,改革重审制度的构造。

基本思路有三方面。其一,严格限制发回重审的次数。为保障当事人的合法权益,应当肯定当事人对重审后的一审判决仍然享有上诉权,所以对发回重审的次数加以限制是终结循环诉讼的惟一办法。其二,废止再审中的发回重审程序。最高法院适用《民事诉讼法》意见规定,人民法院提审或按照第二审程序再审的案件,在审理中发现原一、二审判决违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的,裁定撤销原一、二审判决,发回原审人民法院重审。这一规定非常欠妥。案件到了再审程序,已经费了很长时间,再发回重审反复运作,必然更加拖长审判期间。因此应当取消再审中的发回重审程序。其三,重审判决与刑事上诉不加刑原则相衔接。上诉不加刑原则是刑事诉讼中保障被告人上诉权的有益措施,而实践中,有的重审判决加重了被告人的刑罚,违背被告人的上诉愿望,这使得被

告人不敢上诉。其四,取消二审发回重审时给一审法院下达审判指示的做法,避免重审和将来再次上诉流于形式。

第三,针对民事诉讼,改两审终审制为三审终审制。

国外大多实行民事三审终审制,这是国际潮流。实行两审终审制的国家已成为少数例外。我国建国初期也是实行三审终审,1954年在人民法院组织法中设立了两审终审制。50年后的今天,我们更要有与国际接轨的现代司法观念,否则将损害我国在世贸组织中的声誉,影响投资的司法环境。为适应经济发展和世界潮流,设立我国民事三审终审制是历史的必然。

但是,这三方面的“改革重审制度”的意见并不适于刑事重审制度。

其一,且不论民事诉讼是否可以或者应当实行三审终审制,至少就刑事诉讼而言,是没有多少法理可以强有力地支撑三审终审的理念和制度的。因为,我们已经有上诉审程序,有再审程序,针对死刑,另有专门的死刑复核程序。除非我们废除再审程序和死刑复核程序,否则,实行三审终审制,我们的刑事诉讼程序就太烦琐。但是,从目前来看,废除死刑复核程序的理论和制度条件显然是完全不具备的,死刑复核程序的存在价值和必要性,几乎没有讨论的余地。而废除再审程序,也不可取。对于那些被判有罪、处以刑罚的人来说,确实发现原生效裁判存在错误,再审就是唯一为被判罪、量刑的人提供救济的制度。而且,各国的刑事诉讼制度中,都有再审或者类似的救济方式。这样一来,刑事诉讼仍然以两审终审最为相宜,不应三审终审,徒增讼累。

其二,在现行重审制度下,被告人是这一制度的弊端的承受人。经过改革,“新的”重审制度是否就只利于被告人而不至于损害被告人权益,这也是没有保证的。实际上,任何刑事重审制度,本身天然就对被告人不利,并且直接违反保护被告人权益的一些基本原则。重审必定使被告人被更长时间置于追究状态下,各种因追究刑事责任而产生的不利,必然加于其身;他与其亲人、朋友及整个社会的联系,同样必定处于特定的限制中。重审制度,无论如何都与无罪推定、罪疑从无、禁止双重危险和程序及时性原则相冲突。简言之,发回重审,与其说是二审督促一审自身纠正错误的方式,不如说某种程度上,是使被告人承受被反复追究、一审无能、二审怠惰的不良制度。

其三,从国家权力资源的投入来说,重审制度必定直接是一项增加公共资源消耗、并不必定产生积极效果的制度。进一步讲,发回重审打乱了两个不同审级的制度架构,二审自然而然成为虚与委蛇的根据,二审的实质功能可以被任意虚化,一审也拥有操纵被告人甚至二审程序的道具。

### 三、国外刑事重审制度不是我国刑事重审制度必须存在的根据

当我们建议整个地废除发回重审制度时,我们当然要考察国外刑事诉讼中的重审制度的现存状况。

德国刑事诉讼法在其上告、上诉制度中,规定了重审制度。被告人对刑事法官、陪审法庭作出的判决可以提起上告。根据德国刑事诉讼法第328条之(二)规定,上告法院发现第一审法院管辖有误时,要撤消原判决,将案件发交有管辖权的法院;被告人对刑事法庭、刑事陪审庭作出的判决及对州高级法院第一审作出的判决,不服时可以上诉,依第354条规定,如果仅是因为在对原判决所依据的事实认定上适用法律有错而撤消原判决的时候,在无需进一步的事实认定讨论,唯一可能的判决是宣告无罪,或者上诉法院与检察院的申请相一致,认为判处的法定最低处罚、免于处罚是适当的时候,上诉法院可以自己对案件作出裁判;在其他情形下,应当将案件发回作出原判决法院的另一审判机关或者审判庭,或者发交属于同一州的另一个同级法院。在由州高级法院作了第一审裁判的程序中,应当将案件发回该法院的另一个审判委员会;应当追究的犯罪行为如果系属更低级别法院管辖时,还可以将案件发交给该法院。

日本刑事诉讼法中的上诉制度有控诉、上告等,重审制度就存在于相关规定中。依日本刑事诉讼法第398、899和400条规定,控诉法院以违法宣告管辖错误或者公诉不受理为理由撤消原判决时,应当以判决将案件发回原审法院;以违法认定管辖为由撤消原判时,应当以判决将案件移送有管辖权的一审法院。但控诉法院对该案件有第一审管辖权时,应当作为第一审进行审判;依除此之外的理由撤消原判时,应当以判决将案件发回原审法院,或者移送与原审法院同级的其他法院。但控诉法院根据诉讼记录和原审法院及控诉法院调查的证据,认为可以直接判决时,可以对被告案件重新作出判决。根据日本刑事诉讼法第412、413条规定,上告法院以违法认定管辖为由撤消原判时,应当以判决将案件移送有管辖权的控诉法院或者有管辖权的第一审法院;依前两项之外的理由撤消原判时,应当以判决将案件发回原审法院或第一审法院,或者移送与原审法院或第一审法院同级的其他法院。但上告法院根据诉讼记录和原审法院及第一审法院调查的证据,认为可以直接判决时,可以对被告案件重新作出判决。

美国联邦刑事诉讼规则第33条规定,根据被告人申请,如果出于公共利益需要,法庭可以批准对被告人重新审判。如果原审是由法官而非陪审团进行的,根据被告人请求重新审判的申请,法庭可以撤消已经作出的判决,听取补充证词,指示重新判决。以发现新的证据为由申请重新审判只能在作出最终判决后两年内提出。但是,如果在上诉期间,法庭可以允许将案件发还重审。以其他理由申请重审,应当在裁决有罪后七日内,或者在七日期限内法庭可能确定的更短的时间内提出。在美国的刑事司法实践中,已决有罪者可以就其有罪判决和量刑向更高级别法院,即上诉法院提出上诉。上诉法院将审查一审时的所有书面记录,以确定是否存在对被告人的任何可致偏见的错误。如此等错误发生于初审法院就证据可采性进行裁决或对陪审团应适用之法律作出指示的场合,上诉法院常常将案件发回原审法院重审。然而有时,初审法院发生的只

是导致撤消有罪判决、释放被告人之类的错误,如初审法院错误地拒绝宣告指控所依据的法律的违宪性,上诉法院就会使得有罪判决归于无效,而让被告人获得自由。这种情形下,依违宪的法律进行重新审判是不被允许的。若上诉法院发现并无错误或视任何错误为无害,即对被告人利益没有实质意义,也没有偏见,上诉法院就确认原有罪判决。此外,美国的上诉程序中,上诉法院对原审法院课刑不当、不合理,可以作出裁定,将案件发回,纠正原来的课刑。由此可知,美国的重新审判包括几种情形,一是,在陪审团审判而发生失审(mistrial)时,另行组成陪审团进行审判;二是,依被告人申请,法庭根据公共利益的需要,指示撤消原判决,重新审判;三是,上诉法院将案件发回原审法院重审,或者发交另一下级法院审理;四是,上诉法院裁定应当变更(减轻)对被告人的量刑。除失审外,其余情形下的重审,都基于已决有罪(convicted)。

归纳起来,国外与我国的刑事诉讼重审制度相比较,有以下几个特点,值得我们注意。

第一,发回重审的情形或者说条件、原因,不是我们所说的笼统的“事实不清,证据不足,程序错误”,而是集中于初审管辖法院错误行使管辖权,超越刑罚权限,或者如美国联邦刑事诉讼规则的规定,依被告人申请,出于公共利益需要,法庭可以批准对被告人重新审判。

第二,我们的发回重审制度不包含解决管辖错误问题,审判管辖是一个先期处置的问题。因此,我国的发回重审制度就是二审法院将案件发回一审法院重新审理。而在国外,重审制度承担了纠正管辖错误、纠正实体和程序错误的功能,因而重审也不仅是“发回重审”,还包括将案件发交给另一个下级法院审理的情形。甚至在德国,在由州高级法院作了第一审裁判的程序中,可以将案件发回该法院的另一个审判委员会,也可能在犯罪行为系属更低级别法院管辖时,将案件发交给比原审法院级别更低的法院。

第三,我国的重审指的是对一审未生效判决提出上诉后,二审法院发回原审法院重新审理,此时,还没有关于有罪或无罪的生效判决。而在国外的重审制度中,存在着对生效判决的上诉和上诉法院就上诉案件发回重审。

第四,外国上诉法院依法直接改判与将案件发回重审之间,有相对明确的界限,法律往往对上诉法院应当直接重新作出判决和需要发回重审的情形作了规定。而我国现行刑事诉讼法则规定了“可以”发回重审,以及一审法院违反法定诉讼程序、应当发回重审两类情形。这里规定的两类情形,都很原则化,特别是“事实不清,证据不足”,没有确定的标准,难于适用。至于违反公开审判、回避制度、剥夺或限制当事人诉讼权利、影响公正审判、审判组织不合法或“其他违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判”的程序违法事项之认定,也难于操作。而且这些在国外的重审制度中,大都不是发回重审的根据。

基本结论是,我们现在的重审制度并不是充分借鉴外

国重审制度的产物,我们不必以外国存在和继续存在重审制度,来看待我们自己的重审制度的存废。外国重审制度并不是我国发回重审制度的存在或者废弃的直接根据,我们只需要按照自己的实际情况,决定废弃发回重审制度。

#### 四、以上诉审直接改判制度取代“发回重审”

在《中华人民共和国刑事诉讼法》第二修正案(学者建议稿)中,作为刑事审判程序制度的重大改革之一,“撤销原判,发回重审”制度被取消,代之以二审法院直接改判,“这有利于实现第二审法院审理的实质化,防止第二审程序的形式主义,真正发挥第二审的纠错功能,同时对于加快案件审结速度、提高审判效率也具有积极意义。”<sup>[3]16-17</sup>《建议稿》第322条对二审法院的审理结果作了如下规定:“第二审人民法院对不服第一审判决的上诉案件,经过审理后,应当按照下列情形分别处理:……(三)原判认定事实不清或者证据不足的,应当在查清事实后改判;经审理仍然不能查清事实,不能证明被告人有罪的,应当做出无罪判决。”<sup>[4]144</sup>相比之下,1996年刑事诉讼法第189条只是重复了1979年刑事诉讼法第136条关于“发回重审”制度的规定:“第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件,经过审理后,应当按照下列情形分别处理:……(三)原判认定事实不清楚或者证据不足的,可以在查清事实后改判;也可以裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判。”1996年刑事诉讼法修正案在案件重审制度上,毫无作为,与此前学术界对发回重审制度缺少批评有直接关系。《建议稿》关于发回重审制度作了三大改革,一是,完全取消了发回重审制度,但不是简单取消了事;二是,确立了二审的审级独立性与实质化,即它“应当”直接依据审理结果作出裁判,而不能推卸裁判职责,尤其在裁判遭受阻压或者为了回避某种矛盾时;三是,在二审直接、全面体现和贯彻了无罪推定、罪疑从无的原则,因为既然二审认为事实不清、证据不足,其显然的逻辑结论和法理要求是,二审必须宣判被告无罪,而不是又将案件打发回一审法院,使被告的权益继续处于悬置状态,甚至遭受更多不利处遇,出现由被告承担司法上的无效或者无能的后果的非正义情形。

#### 参考文献:

- [1][2] 石梅堂,陈勇.反思发回重审制度[N].法制日报,2003-6-24;曾智泉.透视重审案件增多现象[N].法制日报,2000-07-22;茅亿.民事上诉案件不应发回重审[N].检察日报,2003-07-10.
- [3][4] 徐静村.21世纪中国刑事程序改革研究——《中华人民共和国刑事诉讼法》第二修正案(学者建议稿)[M].北京:法律出版社,2003.
- [5] 孙长春,李艳霞.论我国审判权的独立与制衡[J].重庆邮电学院学报(社会科学版),2004,(5):112-115.

