

基于程序违法二审发回重审问题研究 ——以管辖错误为视角

周 庆, 暴梦洁

(郑州大学 法学院, 河南 郑州 450001)

摘 要:二审发回重审是作为程序违法责任的一种,是程序法定原则和程序独立精神的体现。现行刑事诉讼法在应对管辖错误这一重大程序违法行为时存在短板。长期以来我国刑事诉讼法中管辖权异议制度都呈现缺位状态,因此二审发回重审作为管辖错误的事后救济机制具有重大现实意义。但是不论在立法还是司法实践中,对管辖错误的程序违法性都始终欠缺一个正确的认知,且发回法院“一刀切”地指向第一审法院,不利于基于管辖错误二审发回重审问题的科学解决。有必要借鉴其他国家或地区在处理相似问题时的有益经验,正确认识管辖错误的程序违法程度,将其纳入二审发回重审的“直接发回事由”,并对发回法院的范围作适当的扩大,更加科学合理地解决基于管辖错误二审发回重审问题。

关键词:程序违法;管辖错误;发回重审;发回法院

中图分类号:D915.18 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-4824(2021)01-0109-05

一、问题的提出

一个正当的审判以正当程序为必要,在我国“重实体,轻程序”传统诉讼观的影响下,长期以来,程序问题都不为学者和法律职业工作者所重视,程序被视为实体的附庸或者实现实体价值的工具。但是随着法治的不断成熟和完善,“程序是法律的心脏”“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”^[1]等关于程序重要性的讨论体现了理论界对其独立价值的愈发关注与重视。在此背景下,学者们对如何实现程序独立价值进行了诸多讨论,其中如何对程序违法进行制约和归责是讨论的重点。一个完整的法律规则必然包括法律后果的内容,无法律后果则无法律规则,程序规则亦是如此,没有程序违法后果责任的威慑和倒逼,各种程序条款必然成为一纸空文。发回重审是上诉法院对程序违法案件的归责方式之一^[2],它的制裁性在于对下级原审法院裁判结果的完全否认,要求其重新审判,这种要求其重新审

判的态度和行为构成了对原审法院的训诫和压力,使得原审法院不得不审慎地重新开始裁判程序,从而维护程序的正当性,实现程序独立价值。而在现行法意义上的“发回重审”仅指发回原审法院,表面上看这符合审判管辖原则的要求,也有助于原审法院及时总结审判经验^[3],在不可挽回之前及时纠错,利用自身的案情了解优势利用正当、正确的程序重新慎重审判,但从实际看,也存在诸多问题。比如超期羁押、上下级法院情绪对立、重组后的合议庭的审判压力等问题,尤其是在原审法院存在管辖错误或者管辖不适当(比如违反法院整体回避)的情形下,该原审法院对案件的审判从最初就欠缺法律的授权,天然地具有不正当性,属于违法审判,再次发回原审法院显然既不正当,也不合理。

二、基于程序违法发回重审的法律分析

诉讼程序具有特定的时空连续性和前后次序

收稿日期:2020-11-07

作者简介:周 庆(1964—),女,回族,河南南阳人,郑州大学法学院副教授,硕士生导师。

暴梦洁(1995—),女,河南安阳人,郑州大学法学院硕士研究生。

性,“诉讼应依法定的时间先后和空间结构展开并作出终局决定,从而使诉讼保持有条不紊的稳定状态”^[4]。一般来说,“经过程序认定的事实关系和法律关系,都被一一贴上封条,成为不可动摇的过去”^[5]。刑事诉讼程序回转,又称为刑事诉讼程序的倒流。^[6]刑事诉讼程序原则上禁止回转,但是当出现超越程序安定价值的考量因素时,作为对“禁止回转”原则的必要补充和调整,程序回转就应该得到允许。基于程序违法发回重审即法定的程序回转的形式之一,它是一种上诉法院和原审法院之间纵向程序运作的逆向流动。

1. 我国关于基于程序违法发回重审的规定。“在一个选择依法而治的国家,制度设计基本都要通过法的形式体现出来。”^[7]我国刑事诉讼法关于程序违法规制的制度规范体现于第238条,在上诉法院对于原审法院程序违法行为的处理上,第一、第二、第四款分别对违反公开审判规定,违反回避制度,审判组织不合法三种情形规定一律撤销原判,发回原审法院重新审判。^[8]这三种情形被称为“绝对发回事由”,一旦出现,不再作其他判断,直接发回。同时该条还在第三、第五款确定了“可能影响公正审判”的“相对发回事由”,对于剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利以及其他违反法律规定的诉讼程序的行为额外增加了“可能影响公正审判”的判断条件。在这种判断原则下,程序违法并不必然会发回重审,只有在该项程序违法达到可能影响公正审判的程度,才会被允许发回重审。毋庸置疑,刑事诉讼法第238条对于实现程序的独立价值,保障程序正义,维护程序审级利益具有重要意义,但是也存在着二审法院直接发回重审的程序违法事由规定不全以及发回法院过于单一等问题。

2. 我国现行法规定存在的问题。

(1) 二审“绝对发回事由”狭窄。管辖错误毫无疑问属于重大的程序违法行为,但是单从法条来判断,其并不在明确的三种“绝对发回重审事由”范围内,那么就只能将其放置在“相对发回事由”中的“兜底条款”“其他违反法律规定的诉讼程序的行为”内进行考量,亦即对于管辖错误案件,还要进行是否可能影响公正审判的判断。但是笔者认为,管辖错误属于重大的根源性的程序违法情形,其与一般性的“小打小闹”的程序违法行为不可同日而语,管辖正确不仅是法定法官原则的体现,更是公正审判的必备条件。^[9]原审法院的管

辖错误是对公正审判的负向影响和破坏,再进行是否“可能影响公正审判”的判断不符合诉讼效率的要求。现行法显然对管辖错误的违法程度欠缺一个正确的认知。

(2) 发回法院单一。根据我国现行刑事诉讼法的规定,无论是基于实体原因亦或是程序原因的二审发回重审案件的发回法院都只能是原审法院。从程序违法发回重审的视角来看,发回原审法院表面上贯彻了审判管辖法定原则,符合由犯罪地法院管辖为主的审判要求,有助于时间和空间上更接近案件的原审法院消除自身的程序瑕疵,重新进行审慎、公正的审判。不得不说,在很多情况下,发回原审法院更符合诉讼经济的要求,更有助于案件不加延迟的解决。但是在管辖错误或者管辖不适当的情形下,发回原审法院进行重审就显得欠缺正当性和合理性了。因为管辖错误或者管辖不适当本身就使得原审法院的管辖缺乏法律依据,天然的具有不正当性,在原审法院管辖欠缺正当性的前提下若再次发回原审法院重审岂不是错上加错、得不偿失。

三、基于程序违法发回重审的比较考察和启示

他山之石,可以攻玉。我国关于基于程序违法发回重审的法律规定尚存在问题和弊端,特别表现在对管辖错误的程序违法程度认识不足以及“一刀切”的发回原审法院重审的科学性、合理性欠缺。有必要借鉴和考察其他国家和地区关于程序违法发回重审案件特别是管辖错误的处理经验,为我国解决基于程序违法二审发回重审问题提供思路。

1. 德国、日本和我国台湾地区关于程序违法发回重审的比较考察。

(1) 德国。德国实行两级上诉制度,依次为上告和上诉。上告程序又被称为一般性上诉,可以针对一审裁判中的事实认定和法律适用提出异议,二审法院仅在一审法院出现管辖错误的情形下才会将案件发交适当的法院重审,其他情形下如果认为上告理由成立的,二审法院会自行改判。上诉程序又被称为法律性上诉,只能针对一审或者二审裁判的法律适用问题提出异议,异议成立的,需要进行“无害错误”检验,即该程序错误存在与否,判决结果都不会有所不同时,该错误才被认为是无害的。不属于无害错误的,案件才会被发

回重审。但是对于一些重大的程序错误,则无需经过这种检验,这些重大错误包括:法院没有管辖权;依法应当回避或者基于理由应当被撤换的法官参与了案件审判;法律要求在审判时出庭的人没有在庭审中出庭;在没有足够理由的情形下不公开审理;书面判决没有在刑事诉讼法典第二百七十五条所规定的时限内签署;法庭的决定是非法的并且明显限制了辩方权利等。^[10]关于发回的法院,德国刑事诉讼法典第354条规定,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,或者交发属于同一个州的另一个同级法院。

(2)日本。日本同样实行两级上诉制度,依次为控诉和上告。^[11]与德国相类似,控诉可以针对事实或者法律错误提出异议,而上告只能针对法律错误提出异议。在确有管辖错误和公诉不受理等情形下,控诉法院和上告法院在判决撤销原判决的同时,应当将案件发回原审法院或者移交与原审法院同级的其他法院。只有属于日本法律中“绝对控诉理由”和“相对控诉理由”的程序错误才会被允许撤销原判发回重审。根据日本刑事诉讼法的规定,下列七种情形属于绝对控诉理由:判决法院没有依照法律规定组成的;依照法令不得参与判决的法官参与判决的;违反审判公开的规定;管辖违法或者管辖错误的;违法受理公诉或者不受理公诉的;对请求审判的案件没有予以判决,或者对没有请求审判的案件作出判决的;判决没有附具理由,或者理由有矛盾的。属于绝对控诉理由的程序错误,不需进行额外的判断,都会导致判决被自动撤销并被发回重审。而相对控诉理由,指的是虽不属于绝对控诉理由,但是由于其存在导致判决根本不同的程序错误。换言之,程序错误与判决存在因果关系。关于发回的法院,日本刑事诉讼法第413条规定,应当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。

(3)我国台湾地区。我国台湾地区同样实行两级上诉制度,二审上诉针对事实问题,三审上诉针对法律问题。三审程序中,只有当程序错误与判决当然违背法令以及对判决影响相当时,原判决才被允许撤销并发回重审。台湾刑事诉讼法第379条对判决当然违背法令的情形进行了规定:法院之组织不合法者;依法令或者裁判应回避之法官参与审判者;禁止审判公开非依法令之规定者;法院所认管辖之有无系不当者;法院受理诉讼

或者不受理诉讼系不当者;除有特别规定外,被告未于审判期日到庭而径行审判者;依本法应用辩护人之案件或已经指定辩护人之案件,辩护人未经到庭辩护而径行审判者;除有特别规定外,未经检察官或自诉人到庭陈述而径行审判者;依本法应停止或更新者;依本法应于审判期日调查之证据而未予调查者;未予被告之最后陈述机会者;除本法有特别规定外,已受请求之事项未予判决。或未受请求之事项予以判决者;未经参与审理法官参与判决者;判决不载理由或所载理由矛盾者。对上述程序错误,不需作额外判断,三审法院得直接撤销原判发回重审。对于其他程序错误,需满足与判决结果存在因果关系之条件方得撤销原判发回重审。关于发回法院,台湾刑事诉讼法第401条规定,第三审法院因前三条以外之情形而撤销原审判决者,应以判决将案件发回原审法院,或发交与原审法院同级之他法院。

2. 对上述国家和地区在基于管辖错误发回重审做法的综合分析。在实行相同的审级制度的背景下,上述国家或地区在基于程序违法发回重审的做法中共性远远大于个性。首先,虽然发回重审的具体事由有所差异,但是它们都对程序违法的程度进行了限制,即并非所有的程序违法或程序错误都必然引起撤销原判发回重审的结果,都根据程序违法程度区分为“直接发回”事由和“相对发回”事由。具体到管辖错误这一程序违法行为来说,上述国家和地区都无一例外的将其作为直接发回事由,无需再进行“无害错误”或者“与判决结果的因果关系”检验。

再者从发回法院的范围来看,相较于我国发回法院单一性的特点,德国、日本和我国台湾地区的发回法院的选择范围显然更广,还包括与原审法院同级的其他法院。更多的可选择法院使得这些国家和地区在处理基于程序违法发回重审的问题时更加灵活科学,毕竟并不是所有的案件都适宜发回至原审法院。“一刀切”地将发回法院限定为原审法院,在原审法院管辖失当的情况下不够妥当。

四、我国基于管辖违法发回重审案件的改革进路

对其他国家和地区基于程序违法发回重审案件的处理规定进行比较考察之后,为我国的改革方向提供了思路和启示,特别是对管辖错误案件

发回重审的完善提供了可靠经验。

1. 将管辖错误纳入直接发回事由。管辖错误,是法定的管辖秩序的一种错位状态。广义的管辖错误包括职能管辖错误和审判管辖错误,由于本文是在二审发回重审的背景下对管辖错误进行讨论,因此不再对职能管辖错误进行赘述,仅对审判阶段的管辖错误进行研究和探讨。

我国现行的程序违法直接发回事由有三种,违反公开审判原则、违反回避制度以及审判组织不合法。按照刑诉法规定的立场,管辖错误只能放置在相对发回事由“其他违反法律规定的诉讼程序的行为”中进行解释,也即还要额外地对该项程序违法是否可能影响公正审判进行判断。^[12]但是我们认为,管辖作为诉讼程序公正的第一道关卡,管辖正确与否关系到整个刑事追诉的容许性问题,关乎国家刑罚权的正当行使,它是整个刑事审判得以公平公正展开的基础和起点。管辖错误不同于一般性的程序违法行为,其程序违法性不容忽视和低估,在任何诉讼阶段发现管辖错误问题,都应该毫不迟延地及时纠正。因此应该在原有的三种程序违法直接发回事由的基础上,将管辖错误扩充进去,不再额外进行是否可能影响公正审判的判断。而且在我国刑诉法管辖权异议制度缺位的情境下,将管辖错误纳入程序违法直接发回事由作为事后救济措施的一种具有现实意义。

2. 扩大发回重审法院的范围。我国现行刑诉法排除了其他法院的管辖权,将发回法院限定为原审法院。这在应对原审法院管辖错误或者管辖失当的情形下难以周延。在借鉴其他国家和地区的处理经验后,应该将我国发回重审的法院范围进行适当的扩大,除了原审法院之外,还应包括与原审法院同级的其他法院,并且在不同管辖错误的情形下应该有不同处理规则。

(1) 原审法院违反地域管辖的规定。该种情形下,原审法院的无权管辖是出于地域的因素。根据有权管辖的法院与原法院是否跨行政区划来区分,如果同在二审法院的管辖区域内,则二审法院可以直接发至有权管辖的法院重新审判。比如A市b区的法院无权管辖了A市c区的案件,由于b区和c区同在A市中院的管辖范围内,因此A市中院在二审中发现b区法院管辖错误后,可以直接将案件发至c区法院重审。

如果有权管辖的法院与原审法院不在二审法

院的管辖范围内,比如A市b区法院无权管辖了C市d区法院的案件,A市中院在二审中发现b区法院管辖错误的,A市法院不能直接发至C市d区法院,要先报请A市中院和C市中院的共同上一级法院,由该上一级法院指令A市中院将案件发至C市d区法院重新审判。并且由于该种情形下,地域跨度较大,易给被告人增加额外的诉讼负担,出于对被告人诉讼主体地位的尊重,此时应该赋予被告人一定的程序选择权,即被告人同意原审法院无权管辖的,则因被告人的明示同意原审法院的管辖错误得到治愈,有其他上诉理由的,二审法院继续审理,不再发回。^[13]或许会有学者质疑这种事后的对无权管辖的追认是否足够消除管辖错误的违法性,使得原本违法或者失当的管辖变得正当。笔者认为,对管辖错误或者失当的纠正,归根到底是为了弥补被告人在正当程序上的审级利益,防止被告人仅经过一次公正程序审判诉讼即告终结,此刻之所以不提及公诉机关程序利益的维护,是因为原审法院本就是检察院有意识选择的结果,而被告人则是被动的被交付原审法院审判,因此此处仅考虑对被告人程序审级利益的维护。既然属于被告人的个人利益,那么就应该赋予其一定的自主权,允许其自由处分,当被告人利益权衡后,预估到即便被交付其他有权管辖的法院重新审判后也不会带给他更加有利的诉讼结局时,他的这种事后对原审法院管辖权的追认就是应该得到认可的。

(2) 原审法院违反级别管辖的规定。地域管辖更多考虑的是诉讼效率,而级别管辖涉及审级利益,对国家审判权的具体划分以及被告人的诉讼权利的维护具有更加重大的意义。因此在处理级别管辖错误案件时应该更加审慎严格,不得无视“不诉不理”的控诉原理直接在法院系统内部进行案件流转。应该按照司法解释的精神,由二审法院发回原审法院,原审法院将案件退回原公诉机关,由原公诉机关将案件上报至上一级检察院重新提起公诉。此时的违反级别管辖单指原审法院违法越级管辖了应当由上一级法院审判的案件,并不包括上级法院违法管辖下一级法院案件的情形。因为按照刑诉法第24条的规定,上级法院在必要的时候可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件,所以严格意义上并不存在上级法院违法管辖下级法院一审案件的情形。

(3) 管辖错误案件发回重审后出庭参加公

机关的确定。级别管辖错误案件由于最终处理结果是退回原公诉机关,因此尚不涉及检察院出庭参加公诉的问题。但是在地域管辖错误案件中,由于案件发回的是与原审法院同级的其他法院,那么原公诉机关的立场就显得颇为尴尬,究竟是仍旧由原公诉机关赴有权管辖法院所在地继续出庭参加公诉还是将案件移交给有权管辖法院所在地对应的同级检察院值得商榷。笔者认为,若原审法院和被发回的同级其他法院同在二审法院的管辖区域内,原公诉机关赴其他同级法院的出庭成本虽然会略高于对应的原审法院,但是仍然在可控范围内,是可以容忍的。但是若原审法院和被发回的其他同级法院不在同一行政区划内,继续交由原公诉机关继续出庭参加公诉则不再妥当,在时间成本、空间距离等方面面临众多阻碍。可以由原公诉机关在“检察一体”原则下将全部案卷材料移交给与被发回法院对应的同级检察院,由其继续接下来的诉讼活动。但是应该注意的是,应该给该被移交的同级检察院留足必要的公诉准备时间。

五、结 语

我国现有的程序违法发回重审的规定虽然一定程度上体现了程序法定和程序制裁理念,但是在程序违法发回事由以及发回法院的范围方面尚存在完善空间。本文以管辖错误的程序违法行为为视角,指出目前我国对管辖错误的程序违法性认识不足以及发回法院单一欠妥的问题,主张借鉴其他国家和地区在处理相似或者相同问题时的做法,在现有的程序违法发回事由的基础上,增加管辖错误作为直接发回事由,不再进行“可能影响公正审判”的判断,提高对管辖错误的程序违法性认知,并将与原审法院同级的其他法院纳入到发

挥范围内以实现管辖错误发回重审案件处理的周延性。

[参 考 文 献]

- [1] 李建玲.论刑事诉讼程序回转[J].政法论丛,2011(5):89-94.
- [2] 杨杰辉.基于程序违法的发回重审研究[J].中国刑事法杂志,2013(7):75-83.
- [3] 蔡雨薇.基于程序违法的刑事二审发回重审制度探究——以《刑事诉讼法》第227条第(5)项为视角[J].法律适用,2016(10):80-85.
- [4] 刘璐.刑事程序回转研究[D].北京:中国政法大学,2012.
- [5] 葛琳.刑事诉讼程序回转现象之反思——以检察院“退处”和二审法院“发回重审”为研究范例[J].西部法学评论,2010(6):84-94.
- [6] 曾军,杨毅伟.浅析刑事诉讼程序回转——以检察机关撤回起诉权为视角[J].中国刑事法杂志,2009(12):60-64.
- [7] 司春燕.试论良法及其标准[J].湖北工程学院学报,2013,33(5):103-106.
- [8] 陈卫东,李奋飞.刑事二审“发回重审”制度之重构[J].法学研究,2004(1):115-132.
- [9] 王一超.刑事诉讼管辖的“不确定”危机及矫正——兼对管辖制度价值的检讨[J].财经法学,2016(1):100-113.
- [10] 姜兰兰.刑事程序回转问题研究[D].上海:华东政法大学,2009.
- [11] 张创发.刑事诉讼程序回转问题研究[D].南宁:广西民族大学,2013.
- [12] 曾蔚.我国刑事诉讼中管辖权异议制度建立设想[J].江汉论坛,2004(7):138-141.
- [13] 张曙.刑事诉讼中的管辖错误及其处理[J].法学家,2020(3):114-125.

(责任编辑:胡先砚)