

# 刑事二审案件开庭审理的实证研究

## ——基于受贿案件的刑事二审审理方式研究

詹小平

(四川大学 法学院, 成都 610207)

**摘要:**结合刑期改判幅度的统计分析和改判理由的分布可知,开庭审理对刑事二审改判案件具有积极的意义。对刑事二审案件开庭审理的标准应该与事实、证据的争议相对应,不应该以二审审判结果为导向。在法院信息化的背景下,建议从司法实践出发,总结并量化司法经验,借助量表等技术手段来制定切实可行的刑事二审案件开庭审理标准。

**关键词:**刑事二审案件;开庭审理;刑期改判;量刑

**中图分类号:**DF718.2 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2020)05-0046-11

**收稿日期:**2020-04-10

**基金项目:**本文系中国博士后科学基金面上项目(2019M653449)、四川省社科基地重大项目“人工智能在刑事诉讼过程中的应用研究”(SC19EZD005)的研究成果。

**作者简介:**詹小平(1982—),女,吉林农安人,统计学博士、法学博士后,四川大学法学院讲师。

### 一 刑事二审案件审理方式沿革

二审程序的主要任务是对一审法院作出的判决或者裁定进行全面审查和审理,并依法作出判决或裁定,以维持正确的判决和裁定或纠正错误的判决和裁定,充分发挥上级人民法院对下级人民法院的审判监督作用。就审级制度而言,西方许多国家都实行三审终审制,在判决生效之前有两次寻求司法救济的机会,而我国实行两审终审制,在判决生效之前只有二审一次寻求司法救济的机会,因此二审在我国刑事诉讼中具有非常重要的地位。

二审案件开庭审理是许多国家和地区的通行做法<sup>①</sup>,法庭审判这种直言词审理的方式使得控辩双方能够充分参与到案件的审理过程,充分发表自己关于案件处理的观点、意见和主张,提出据以支持其主张的事实和证据,能够与对方展开充分的质证和辩论,从而对案件的裁判结果施加对己方的积极影响,有利于程序正义的实现。审判程序的真正价值在于,它能够给当事人获得公正审判的机会。就刑事二审案件而言,裁判结果直接涉及到对被告人的自由、生命等基本权利的限制或剥夺,审判过程理应给予被告人充分的参与机会,从而尽可能使法院作出对其有利的裁判。

我国《刑事诉讼法》从 1979 年开始实施,当时并未对上诉案件二审是否开庭审理作出明文规定。1996 年《刑事诉讼法》第一次修订后的第一百八十七条规定:“第二审人民法院对上诉案件,应当组成合议庭,开庭审理。同时规定,合议庭经过阅卷,讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见,对事实清楚的,可以不开庭审理。这条规定被专家学者解读为刑事案件二审应该“以开庭审理为原则,以不开庭审理为

<sup>①</sup>陈永生《刑事二审审理方式之改革》,《政治与法律》2004 年第 1 期,第 133—135 页。

例外”。而且根据此条规定的逻辑关系,二审合议庭经过阅卷,讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见后,需要对案件事实进行判断,对于案件事实清楚的,直接对案件作出裁判,不再进行庭审;对于案件事实不清楚的,进入开庭审理阶段。实际上,二审法院是通过实质性的庭前审查将上诉案件进行程序分流。在二审案件进入审理程序之前,仅由合议庭通过阅卷和讯问后的主观判断来决定是否开庭审理,缺乏客观性,导致在具体实施中效果让人不甚满意,大量的实证研究也显示刑事案件二审演变为以不开庭审理为原则,以开庭审理为例外<sup>①</sup>。学者就此展开了一系列的讨论,鉴于庭审的重要意义,有研究建议扩大开庭审理范围<sup>②</sup>,甚至全部开庭审理<sup>③</sup>。陈瑞华指出,我国《刑事诉讼法》对开庭审理的规定决定了我国刑事二审程序的两步式程序构造,导致侦查案卷成为二审法院进行事实复审的直接根据,使得二审开庭审理流于形式<sup>④</sup>。学者的这些研究直接促进了《刑事诉讼法》的修改和完善。

2012年《刑事诉讼法》修正后的第二百二十三条规定,第二审人民法院对于下列案件,应当组成合议庭,开庭审理:(一)被告人、自诉人及其法定代理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上诉案件;(二)被告人被判处死刑的上诉案件;(三)人民检察院抗诉的案件;(四)其他应当开庭审理的案件。此条款明确规定了死刑的上诉案件以及人民检察院抗诉的案件要开庭审理,在立法上体现了对刑事二审案件开庭审理的重视,但对于死刑以外的其他上诉案件开庭审理的条件仍然十分模糊。

此条款(一)中规定了开庭审理的两个必要条件:一是对第一审认定的事实、证据提出异议,二是认为所提出的异议可能会影响定罪量刑。两个条件需要同时成立才能开庭审理。实际上,在上诉人对一审认定的事实、证据提出异议时,一般都会进而认为“可能影响定罪量刑”,但是从法律表述上看,“可能影响定罪量刑”的判断权最终归属于案件审理者,即二审法院,而上诉人与案件审理者之间的认识分歧往往无法调和。而(四)中规定的“其他应当开庭审理的案件”也没有相应的法律解释,无从理解,形同虚设。因此从内容实质来看,对刑事二审案件开庭审理条件的规定较为主观,刚性不足,操作中审理者的自由裁量空间较大,个别情况下可能导致裁判权的滥用<sup>⑤</sup>。

2012年《刑事诉讼法》修订后刑事二审案件开庭率有一定的提高<sup>⑥</sup>,但不开庭审理的案件依然大量存在。不开庭审理有助于提高诉讼效率,法官据以裁判的主要依据是阅卷所获信息,其间也会讯问被告人以及听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见,但并不形成两方当堂质证及辩论的局面,显然不利于发现案件事实,而且难以保障控辩双方的程序参与权。另外,庭审程序的改革主要局限于一审,并没有触及二审<sup>⑦</sup>,刑事二审案件开庭审理的质量并没有实质性进步。据调查,受访法官普遍认为,上诉案件开庭的实际意义不大,解决不了实际问题,更多像在走形式。而开庭审理的形式化也导致了法官对开庭的认可度不高,不愿意推进开庭审理的实施,因为庭审并没起到应该起到的作用,开庭对法官来说除了增加负担外没有意义<sup>⑧</sup>。

2018年我国《刑事诉讼法》再次修正,将此条款调整为第二百三十四条,内容并未做任何改动。刑事二审案件开庭审理标准不明确的问题依然存在。

司法实践中到底哪些刑事二审案件进行了开庭审理?开庭审理的效果与不开庭审理差异有多大?虽然目前刑事二审案件开庭审理质量不高,但对比不开庭审理的案件,开庭审理是否有一定的积极效果?刑事二审案件审理方式的改革方向是什么?本文从实证的角度考察开庭审理的效果,以二审受贿改判案件为样本,让数据说话,比较开庭审理和不开庭审理的改判情况,从刑期是否改判、刑期改判幅度和改判理由等角度深入分析刑事二审案件不开庭审理和开庭审理的差异,进而研究刑事案件二审开庭审理的必要性,并给出相应

① 陈光中、曾新华《刑事诉讼法再修改视野下的二审程序改革》,《中国法学》2011年第5期,第84—86页。

② 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,第31—32页。

③ 陈永生《刑事二审审理方式之改革》,《政治与法律》2004年第1期,第135—136页。

④ 陈瑞华《侦查案卷裁判主义——对中国刑事第二审程序的重新考察》,《政法论坛》2007年第5期,第104—110页。

⑤ 洪维《刑事二审案件开庭审理范围改革的思考》,《法制与社会》2014年第4期,第121—122页。

⑥ 陈璋剑等《刑事二审上诉案件开庭审理方式调查分析——以重庆市某中级法院二审上诉案件为样本》,《人民检察》2016年第16期,第60—62页。

⑦ 庭审实质化改革试点几乎都是围绕一审案件进行,如四川省成都市中级人民法院。

⑧ 白国华《刑事二审开庭率低的深层因素分析》,《理论探索》2016年第5期,第121页。

的改革建议。

## 二 选取的基础数据和描述统计

本文选择受贿案件作为刑事二审审理方式的研究样本,主要是因为相对于其他案件而言,贪污贿赂类案件进入二审程序的较多,改判比例较大。笔者根据《中国法律年鉴》1988年到2017年的30年间刑事二审案件和二审改判案件的数量,计算出每年刑事二审案件占一审案件的比例为13.1%;刑事案件二审平均改判比例为14.06%,波动都不大<sup>①</sup>。2017年刑事一审案件共结案1296650件,其中贪污贿赂案件共25757件;刑事二审案件共结案154277件<sup>②</sup>,单个案由没有详细的统计数据。刑事案件二审结果包括维持一审判决、改判和发回重审等,一般只有改判案件的裁判过程和结果会以判决书形式公布,其他会以裁定书等形式公布。裁判文书网实际公开有贪污贿赂类案件二审裁判文书4877份,其中判决书1165份<sup>③</sup>,可见此类案件进入二审程序和改判的比例相对较大<sup>④</sup>。

贪污贿赂罪包括贪污罪、受贿罪以及行贿罪等十几种类型,考虑到受贿罪涉案人员主体为国家工作人员,涉案人员文化程度、工作性质以及犯罪情节等差异性相对不大,而一年内的二审受贿案件数量适中,适合做深入的小样本实证研究,因此,笔者下载了裁判文书网上公开的2017年1月1日至2017年12月31日全部受贿案件二审判决书<sup>⑤</sup>,共368份,涉及上诉人员356人,原审被告479人。其中抗诉案件66起,有250起二审案件进行了开庭审理,368起案件中的281位原审被告人的刑期发生了改判,其中254人二审刑期少于一审。统计指标包括审理法院级别、是否为检察院抗诉、是否进行了开庭审理、刑期是否改判以及改判幅度(单位为月)、改判幅度在一审刑期中的占比(单位为百分数)及改判理由等。其中改判理由归纳为三种:一是事实不清、证据不足;二是适用法律错误;三是认为一审量刑不当或者二审认定了自首、退赃、立功等从轻、减轻情节,并依此对刑期进行改判(下文中将这两种情况合并称为量刑不当)。

一般来说,事实不清、证据不足的改判理由会导致罪名的改判、刑期的改判、是否缓刑的改判和罚金的改判,适用法律错误的改判理由会引起罪名和刑期的改判,而量刑不当则只会引起刑期的改判。综上,三种改判理由共同的结果是引起刑期改判。本文从刑期改判入手,结合改判理由考察开庭审理与不开庭审理的区别,探讨刑事案件二审开庭审理的必要性。

本文样本涵盖了全国范围2017年一年时间内的受贿案件二审判判决书,涉及16个高级人民法院和240个中级人民法院,涉案金额最低3万元,最高超过300万元。数据统计的基本情况如表1所示,非抗诉案件开庭比例<sup>⑥</sup>在两级法院之间的差异不具有统计学意义<sup>⑦</sup>。

表1 368起案件分布情况统计

	案件数量(件)	非抗诉案件数量(件)	开庭案件数量(件)及占比(%)	非抗诉案件开庭数量(件)及占比(%)	刑期改判案件数量(件)及占比(%)
高院	42	37	27/64.29	22/59.46	33/78.57
中院	326	265	223/68.40	162/61.13	235/72.09
合计	368	302	250/67.93	184/60.93	268/72.83

改判幅度以月为单位进行统计,改判幅度主要集中在20个月以内,有少数较大的异常值;改判幅度在一审刑期中的占比呈现出双峰的形态,主要是刑期改判情况中免于刑事处罚的原审被告人的改判比例为100%。

①由《中国法律年鉴》1987年到2016年30年的二审案件数量和改判数量整理计算得出,刑事二审比例和二审改判比例的波动率均为0.02%。

②数据来自2018年《中国法律年鉴》,中国法律年鉴社2017年版,第1176、1180页。

③中国裁判文书网,2018年3月6日访问,https://wenshu.court.gov.cn/。

④上网的裁判文书数量少于实际二审案件数量,所以真实比例会高于4877/25757,即18.9%。

⑤中国裁判文书网,上网检索时间2018年3月6日,368份判决书对应了368起二审改判案件。

⑥这里的开庭比例是在样本中计算出来的,不包括以裁定书形式公布的维持一审判决和发回重审的情况。

⑦双样本t检验P值超过0.1,检验结果不显著。

刑期发生改判的案件的改判理由以原审被告人为单位进行统计,为了区分不同的刑期改判情况,将 281 位原审被告人分为刑期加重<sup>①</sup>、刑期缩短和免于刑事处罚三种情况,改判理由的具体分布情况如表 2 所示,不同的改判理由之间有交叉重叠。可见,刑期加重的案件更多以事实、证据问题以及适用法律错误而改判,免于刑事处罚几乎都以量刑不当为由改判。

表 2 改判理由的频数统计(单位:人次)<sup>②</sup>

	刑期加重	刑期缩短	免于刑事处罚
事实不清,证据不足	10	67	3
适用法律错误	13	29	3
量刑不当	4	172	33

### 三 开庭审理对二审案件刑期改判的影响分析

通过对部分二审法官的访谈了解到,有些地区,如山东、四川等地的二审法院通过阅卷、讯问被告等方式,认为案件可能发生改判的时候才会开庭审理。但也并非所有改判案件都会开庭审理,如果二审法院通过阅卷、讯问被告人,听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见,认为事实证据清楚则会选择不开庭审理,直接做出改判。而有些地区,如上海市,刑事二审案件则几乎全部开庭审理。刑事案件改判一般包括罪名的改判、刑期的改判、是否缓刑的改判和罚金的改判等。在所有改判的刑事案件中,刑期的改判情况无疑是最受关注的,在本文样本中刑期改判比例为 72.83%(见表 1 最后一列),那么相对于不开庭审理的案件,开庭审理的案件刑期更容易发生改判么?事实上,对非抗诉的 302 个案件以是否开庭审理和刑期是否改判两个变量进行交叉分析,开庭审理刑期改判比例要显著增大。计算得到开庭审理和刑期改判的卡方检验<sup>③</sup> p 值为 0.028,费希尔精确检验<sup>④</sup>单侧 p 值 0.02。这说明开庭审理和刑期改判是显著正相关的(拒绝了二者独立的假设),那么,是刑期可能发生改判的案件二审法院更倾向于选择开庭审理,还是开庭审理方式增加了刑事二审案件刑期改判的可能性呢?

这个问题可以结合改判理由来回答。

第一,数据显示,案件开庭审理与因事实不清、证据不足而改判有显著的正向相关关系。根据现行《刑事诉讼法》第二百三十四条第一款的规定,刑事案件开庭审理的首要条件是被告人、上诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议,所以实践中开庭的案件大部分为一审认定的事实、证据有问题的,故此案件开庭审理与因事实不清、证据不足而改判显著正相关是符合预期的。样本中开庭审理的案件大约有 1/3 改判理由为事实不清、证据不足,而未开庭审理的案件中以此理由改判的不足 1/10。与此同时可以计算出样本中改判理由为事实不清、证据不足的案件刑期改判的优势比<sup>⑤</sup>为 2.22,即事实不清、证据不足的案件刑期改判与刑期不改判的比是其他改判理由的 2.22 倍。因此开庭审理案件中刑期改判的比例偏大可以得到部分解释,也就是刑期改判的案件更倾向选择开庭审理。

第二,表 3 中对刑期缩短的 254 名原审被告,以是否开庭审理和是否因量刑不当而改判进行交叉列表。分析结果显示,二审开庭审理案件因量刑不当而改判的比例要显著低于不开庭审理的案件,而样本中量刑不当的案件刑期改判的优势比为 4.71,这说明:一方面,以量刑不当为由改判的案件中,刑期改判的比例远超过刑期未发生改判的案件;但是另一方面,从量刑不当的改判理由来看,开庭审理并不会增加刑期改判的可能性,而是相反,会使得刑期更不容易发生改判。

①由于“上诉不加刑”原则,这里刑期加重均为抗诉案件,本文样本中的 66 起抗诉案件中刑期加重的有 27 件,每一件改判理由叙述得都十分充分。

②由于改判理由可能不唯一,存在多个理由,所以合计数据会超出单个数据,没有参考价值。

③通过比较列联表中每个单元格的期望频数和观测频数之差来考察分类变量之间是否独立的检验,检验统计量服从卡方分布。

④费希尔精确检验是基于超几何分布计算的,检验分成两组后的分类数据不同分类间是否有显著相关关系,分为单侧检验和双侧检验。

⑤优势比为两个优势的比,而优势为变量取值为 1 和取值为 0 的概率比值,此处即为案件刑期发生改判和未发生改判的比例。

表3 开庭审理和因量刑不当改判的交叉列表(单位:人次)

	因量刑不当之外的理由而改判	因量刑不当而改判	合计
未开庭审理	18	67	85
开庭审理	69	100	169
合计	87	167	254

按照现行《刑事诉讼法》对刑事二审案件开庭审理的规定,对应用到以量刑不当为由改判的案件,有如下几种情况。首先是二审法院决定开庭审理的案件,审理过程中发现案件有事实证据问题,同时也审查出有量刑不当的情况,最终以两种改判理由改判;其次是二审法院决定开庭审理的案件,审理过程中发现与审前判断不同,并没有事实证据问题,但有量刑不当情况,最终以量刑不当为由而改判;最后是案件未开庭审理,阅卷过程中发现有量刑不当的情况并以量刑不当为由而改判。这几种情况都是客观存在的,尤其是第一种情况出现的可能性并不小,而开庭审理的案件却较少以量刑不当为由改判,由此可见开庭审理过程对一审量刑的审查更加严格,对量刑不当的改判理由使用更加谨慎。相对而言,不开庭的案件对一审判决的尊重程度不够,刑期改判相对较为随意。

#### 四 开庭审理对二审案件刑期改判幅度的影响

开庭审理对刑期改判幅度的影响可以通过表4的对比分析结果来考察,为了避免正负相抵,这里去掉了刑期加重<sup>①</sup>的情况,根据均值比较结果,开庭审理案件的刑期改判幅度显著高于不开庭审理的案件。为了进一步挖掘样本数据所蕴含的规律性,深入了解刑期改判幅度的影响因素,基于二审刑期减少的254名原审被告人的数据,对显著影响刑期改判幅度的因素建立方差分析模型<sup>②</sup>。

表4 开庭和只因量刑不当而改判的改判幅度比较(单位:月)

	人次	均值	标准差	均值比较
开庭	169	14.32	14.86	P=0.030
不开庭	85	11.07	8.82	
只因量刑不当而改判	167	11.58	9.03	P=0.024
因其他理由改判	87	16.40	18.48	

由于一审刑期和刑期改判幅度有一定的线性关系,进一步计算 Person 相关系数<sup>③</sup>在 0.01 水平上显著正相关,这里加入一审刑期作为协变量。通过均值比较和建模分析,排除没有统计意义的变量,给出以下模型设计:

$$\text{刑期改判幅度} = \text{一审刑期} + \text{开庭} + \text{适用法律错误} + \text{开庭} * \text{适用法律错误}$$

其中“一审刑期”为协变量,“开庭”、“适用法律错误”为固定因子,“开庭 \* 适用法律错误”为交叉项,表明适用法律错误在开庭审理和不开庭审理的情况下对刑期改判幅度有着不同程度的影响。对模型进行估计,得到  $R^2$  为 0.673,调整  $R^2$  为 0.667,也就是说,模型中的变量大约能解释 67% 的刑期改判幅度的波动。各因素对刑期改判幅度的方差影响如表 5 所示,表中平方和以及 F 值显示一审刑期对刑期改判幅度的方差影响最大,其次为开庭审理,影响最小的是适用法律错误。

那么开庭的审理方式是如何对刑事二审案件刑期改判幅度产生影响的呢?下面结合改判理由来分析。

首先,如前所述,开庭审理的案件大部分因事实不清、证据不足而改判。图 1 的均值对比可以看到是否

①根据“上诉不加刑”原则,刑期加重的情况皆为抗诉案件,均开庭审理,不存在开庭与不开庭审理方式的对比,因而去掉不影响分析结果。

②方差分析模型是一种特殊的回归模型,用于解释变量多为分类变量的情况,通过方差比较来检验不同类别之间因变量取值的差异。加入连续变量作为协变量时,模型也称为协方差分析模型。

③Person 相关系数也称为线性相关系数,适用于衡量定量数据的相关性。

因事实不清、证据不足的理由而改判的刑期改判幅度均值差别并不大,小于是否开庭审理的均值差异。而且进一步的统计分析显示,在所有开庭审理的案件中,因事实不清、证据不足而改判的案件改判幅度与因为其他理由而改判的案件并没有统计学上的显著差别。也就是说,虽然按照现行《刑事诉讼法》的规定,存在可能影响量刑的事实、证据问题的上诉案件一般来说要开庭审理,但案件开庭的审理方式对改判幅度的显著影响并不是由事实不清、证据不足这个改判理由所引起的。

表 5 主体间效应的检验

源	III 型平方和	均方	F	P 值
模型	59707.75	11941.55	102.57	.000
开庭审理	2171.34	2171.34	18.65	.000
一审刑期	8465.92	8465.92	72.72	.000
适用法律错误	1212.96	1212.96	10.42	.001
开庭审理 * 适用法律错误	1709.48	1709.48	14.68	.000
误差	28989.25	116.42		
总计	88697.00			

其次,案件开庭审理对刑期改判方差的影响可以通过适用法律错误的改判理由来考察。该改判理由在样本中的比例是最小的(见表 2),它对刑期改判幅度方差的影响主要体现在开庭审理的案件中。如图 2 所示,在开庭审理的案件当中,因适用法律错误而改判的案件其改判幅度明显高于因其他理由而改判的,而对于未开庭审理的案件,是否因为适用法律错误而改判的案件改判幅度则无显著差异。这其中的原因可以从两个方面解释:一是适用法律错误往往直接导致定罪错误,而罪名的变化往往引起量刑的大幅度变化,如样本中有几个案件在二审期间因为《中华人民共和国刑法修正案(九)》颁布实施以及最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的公布,根据从轻原则改判后原审被告入刑期的大幅度减少;二是适用法律错误大部分是由于对事实认定不清导致的,所以开庭审理比例较大,改判幅度相应也比较大,而这也是方差模型中交叉项“开庭 \* 适用法律错误”存在的原因,即在开庭审理和未开庭审理的情况下适用法律错误的改判理由对刑期改判幅度的影响是不一样的。

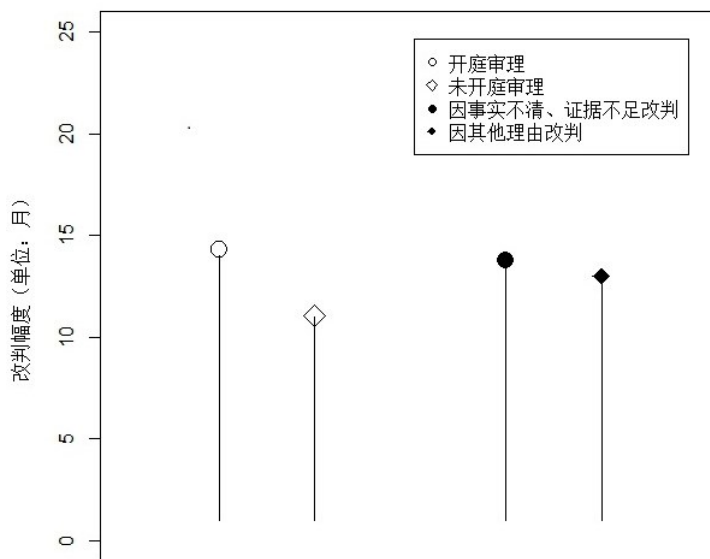


图 1 开庭审理和因事实不清、证据不足而改判的均值比较

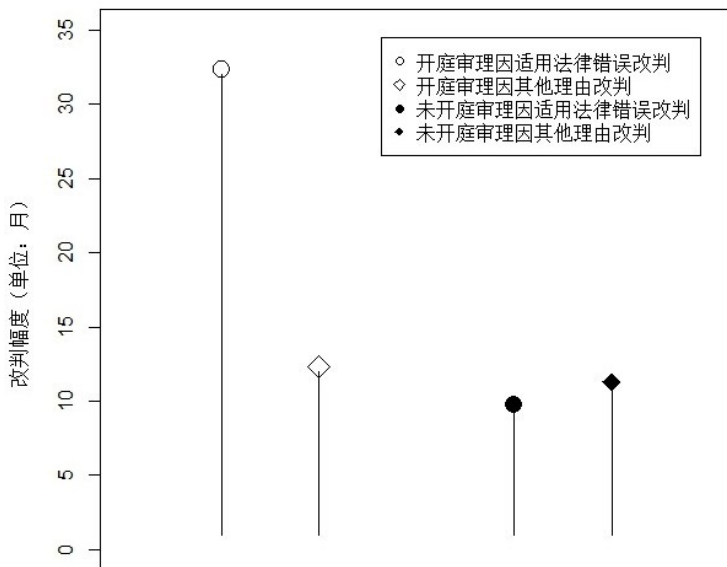


图 2 因适用法律错误而改判的均值比较

最后,开庭审理对案件改判幅度的影响还可以从量刑不当的改判理由来分析。经前文分析,开庭审理的案件较少以量刑不当为理由而改判,而从表 4 中只因量刑不当而改判和因其他理由而改判的案件改判幅度对比可见,只因量刑不当而改判的情况下案件改判幅度要显著地小于后者。

以上几点结合起来,就在一定程度上决定了开庭审理案件的刑期改判幅度相对较大,开庭审理对改判幅度的方差有显著影响。

### 五 开庭审理的二审案件刑期改判理由研究

已有研究表明,在所有二审刑期改判的案件中,量刑不当是改判的最主要的原因<sup>①</sup>。对于本文的样本数据,从表 2 中可以看出刑期缩短的改判理由占比最大即为量刑不当。通过认真研读样本中的判决书,笔者发现量刑不当的改判案件可以大致分为三种情况<sup>②</sup>:(1)二审法院仅以一审量刑不当为由缩短刑期(并未说明具体量刑不当的原因),或者就一审已从轻、减轻的情节进一步缩短刑期,共 65 人次;(2)二审法院根据自身所掌握或者新确认的相关从轻、减轻情节来缩短刑期,共 116 人次;(3)二审法院根据一审没有考虑的相关从轻、减轻情节来缩短刑期,共 23 人次。通过对三种情况刑期改判幅度以及刑期改判幅度在一审刑期中的占比进行分析,无论从对称性、异常值<sup>③</sup>还是以数据的集中趋势和分散程度看,三种情况下刑期改判幅度和其在一审刑期中的占比分布规律都是有所不同的。

第一种情况,刑期改判幅度的中位数与 3/4 分位数是重合的,也就是介于二者之间的 25% 的数据是相同的,这说明刑期改判幅度的分布明显集中在数值较大的一侧,此种情况下刑期改判幅度严重左偏。从改判幅度所占一审刑期比例来看,相对其他两种情况第一种情况中位数是最大的,而且 3/4 分位数与最大值重合,已经达到 100%。也就是说,这种情况集中了大部分免除刑罚(刑期改判幅度比例为 1)的案件。如前文所述,此种改判并没有十分清晰的理由,刑期缩短也没有明确的标准,而且在一审从轻、减轻的基础上再缩短刑期,对于一审较轻的罪行,往往会导致免除刑罚。

对没有任何新事实、新证据的情况下对上诉人减刑,大部分判决书的说理中并没有给出强有力的改判理

①何德辉《“上诉审”改判案件实证分析——以沿海某市 2010—2012 年的上诉改判案件为例》,《湖北警官学院学报》2014 年第 3 期,第 141—143 页。

②三种情况的分类遵循着改判理由是否充分(第一类和其他两类);改判原因是否为二审发现(第二类和其他两类);一审是否对减轻和从轻情节有所忽略(第三类和其他两类)的原则。

③此处异常值是指箱线图上下边界之外的数据,即大于 3/4 分位数 + (3/4 分位数 - 1/4 分位数) \* 1.5 或者小于 1/4 分位数 - (3/4 分位数 - 1/4 分位数) \* 1.5 的样本。

由,仅以“量刑不当”四个字而轻易否决一审法官的判决,这不禁给人一种改判随意化的感觉,增加了法官从业的风险<sup>①</sup>。以二审改判结果为免除刑罚的案件为例,刑法相关条款规定,“情节轻微,没有危害后果,挽回损失”的可以免除刑罚。本文样本中改判为免除刑罚的39人中高达33人改判理由为量刑不当,而其中20人为第一种情况,即没有具体的量刑不当原因。问题是为什么这些被告人在一审没有免除刑罚?原因是“情节轻微,没有危害后果,挽回损失”三个标准都不明确,不易清楚地作出判断。那么二审否定一审的判决是否具有合理性?改判是否具有必要性?这就涉及到如何平衡一审和二审法官的自由裁量权的问题。不可否认,一审法官的判决结果存在一定的误判可能,甚至不排除徇私舞弊的情况。二审作为终审判决,肩负着对一审法院作出的判决或者裁定进行全面审查和审理的任务,纠正一审判决结果无可厚非,但在具体案件中一审判决和二审改判的关系却十分微妙,因为法律判决结果存在一定的随机性,并不是唯一确定的,在没有事实和证据以及法律适用错误的情况下,刑期较小幅度的改判是没有必要的,而改判幅度超过一定的范围在判决书里必须对改判的理由进行详细说明,作为“错案”的怀疑对象,法院应该对此类案件进行重点排查。

第二种情况刑期改判幅度大的异常值较多,这一方面是因为改判所依据的从轻减轻情节差异性较大,诸如“二审期间自愿认罪,且主动退缴赃款”,“二审认定自首”,“取保候审期间,协助公安机关抓获犯罪嫌疑人两名”等不一而足。总结起来有这样几类:一是认罪、悔罪,自首、坦白,认定从犯等;二是主动退赃,积极履行一审财产刑;三是二审期间立功。每一种从轻减轻情节的轻重程度不同决定了改判幅度的差异,尤其是立功的情况。同时,因为法定刑弹性幅度过大,改判的标准不甚明确,这也导致了刑期改判幅度差异过大。

第三种情况刑期改判幅度的分布较为对称,没有异常值,这说明在一审没有考虑从轻、减轻情节的情况下,二审根据从轻、减轻情节而作出的改判基本上是严格依照法律规定的幅度,没有特殊极端的案例,刑期改判比较公平公正。

如前文所述,以量刑不当为由改判可能是认为有事实证据问题但在开庭审理时发现了量刑不当的问题;也可能未开庭审理,直接以量刑不当为由改判。而上面量刑不当的三种情况在开庭和不开庭两种审理方式中的分布如表6所示,相对不开庭审理案件后两种情况在开庭审理案件中出现比例较大。这说明,如果案件开庭审理并以量刑不当为由改判,则改判理由使用相对更加充分,尤其是第三种情况,也就是根据一审没有考虑的相关从轻、减轻情节来缩短刑期的情况以开庭审理居多。这说明开庭审理更有助于发现一审当中存在的问题。

表6 三种因量刑不当而改判案件的审理方式分布

	第一种情况	第二种情况	第三种情况
开庭审理	34	72	16
未开庭审理	31	44	7
合计	65	116	23

## 六 结论与建议

综合上文对样本数据的分析和比较可知,开庭审理的非抗诉案件虽然刑期改判比例更大,但这主要是因为我国《刑事诉讼法》第二百三十四条规定的被告人、自诉人及其法定代理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上诉案件应当开庭审理,而这类案件刑期更容易发生改判<sup>②</sup>。对没有事实和证据问题的刑事二审案件,样本数据显示,开庭审理对刑期改判有一定的抑制作用。开庭审理案件改判幅度显著比不开庭审理案件要大,差异并不能由开庭审理案件的事实不清、证据不足改判理由所解释,开庭审理方式一方面促进了对案件一审判决适用法律情况的审查,另一方面减少了改判幅度较小的以量刑不当为改判理由的案件比例。同时,通过对以量刑不当为由改判的几类案件进行比较,开庭审理的案件刑期改判理由更规

<sup>①</sup>何德辉《刑事二审改判“无界化”的公正性省思》,《学术界》2014年第11期,第164—169页;冯喜恒《法官在刑事二审改判中的风险治理决策》,《湖北警官学院学报》2016年第29期,第106—108页。

<sup>②</sup>本文样本中事实不清、证据不足的案件刑期改判优势比为2.22。



范、充分。因此,刑事二审案件开庭审理方式有着积极的意义,应该进一步扩大开庭审理范围,同时提高庭审质量,切实落实抗辩式审理模式,全面审查一审审理过程,给予原审被告充分保障自身权利的机会。

但是现阶段推行刑事案件二审全部开庭审理仍然存在着一些实践上的困难和理论上的问题。

首先,案件数量的爆炸式增长引发了法院“案多人少”的矛盾,刑事二审案件全部开庭审理会加重法院和法官们的负担。《中国法律年鉴》的数据显示,1987年刑事一审结案数量292136件,30年后,2016年全年的刑事一审结案数量达到1296650件,增加百万余件;二审案件结案数量也从19493件增加到148441件,增加近10万件。与此同时,进入21世纪后,民事案件数量呈指数型增长,以某区法院为例,民事案件数量从2000年的3251件一跃到2016年的13574件,相较于2000年增幅为317%<sup>①</sup>。事实上,根据《中国法律年鉴》的数据,2017年全国法院各类案件结案数量已达到22754188件<sup>②</sup>。在案件数量爆炸式增长的同时,近年来如火如荼的法官额制改革、司法责任制改革以及庭审实质化改革都使得法官们工作时间延长,压力增大,甚至导致法官队伍的人才流失<sup>③</sup>。这加剧了“案多人少”的矛盾。

其次,刑事二审案件全部开庭审理会增加时间成本、交通成本,给涉案人员带来沉重负担。由于二审案件至少由中级法院以上审理,上诉人、辩护人以及证人花在交通上的时间和费用是不容忽略的,尤其对于一些经济条件不太好的偏远地区,会直接影响部分被告人和证人的出庭情况。

再次,如果刑事二审案件全部开庭审理,警务保障工作也会出现井喷式增加,包括上诉人频繁押进、押出法庭,押解、看管、值庭、安全检查任务加重。警力调配不足的情况下,上诉人可能会趁机串供、逃脱,影响审判工作的正常开展,从而损害审判的权威<sup>④</sup>。

最后,技术性上诉案件没有必要开庭审理。由于有刑事诉讼法“上诉不加刑原则”的保护,原审被告人没有加刑的顾虑,刑事诉讼法又规定不用交纳诉讼费用,也就是说,刑事案件上诉既没有诉讼风险,又没有诉讼成本。有些原审被告人为了实现自身的某些非诉目的,如延长留所时间、创造立功机会等,常常会在没有事实、证据问题,一审法院也没有法律适用错误和程序不当时以一审法院量刑过重等单一理由上诉。此类案件全部开庭审理势必会造成司法资源的浪费,同时助长以制度谋私利的不良风气,产生负面的引导效果。

目前人民法院信息化3.0版建设正在全力推进,大数据、云计算、人工智能技术在诉讼过程中得到全面应用,司法效率得到大幅提高<sup>⑤</sup>;与此同时,庭审实质化改革进入深化阶段<sup>⑥</sup>,和以往相比,庭审效果得到更大程度的保证。在现有司法资源和技术水平下,笔者认为刑事诉讼法针对刑事二审案件开庭审理的立法应该考虑司法的可操作性,建议在司法中建立刑事案件开庭审理的实践标准,具体措施可以按照下文的思路展开。

第一,是否开庭审理不应该以二审判决结果为导向。现行《刑事诉讼法》第二百三十四条规定被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议,同时要“可能影响定罪量刑”的上诉案件,应当组成合议庭,开庭审理。这一规定决定了我国刑事二审程序的两步式程序构造<sup>⑦</sup>,也就是说司法实践中很多案件是开庭前通过书面审理和讯问相关当事人,认为罪名和刑期应该改判或者是直接做出了改判的决定后再开庭审理,直接导致了刑事案件二审庭审的形式化。但实际上,并不是定罪或量形的改判使得开庭变得有意义或更加有价值,这种本末倒置的结果导向思维显然有失公平与正义,逻辑上就损害了司法的权威性和严肃性。开庭审理是为了让对案件事实各执一词的控辩双方有充分的机会通过出示证据、向证人提问等方式展开对质,从而使理越辩越明,案件的事实真相才会水落石出,最后法庭做出更接近客观事实的判决结果。

①左卫民《“诉讼爆炸”的中国应对:基于W区法院近三十年审判实践的实证分析》,《中国法学》2018年第4期,第240页。

②本文统计口径以结案数据为准。

③张青《基层法官流失的图景及逻辑:以Y省部分基层法院为例》,《清华法学》2018年第4期,第62—63页。

④洪维《刑事二审案件开庭审理范围改革的思考》,《法制与社会》2014年第4期,第122页。

⑤左卫民《关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考》,《清华法学》2018年第2期,第112—114页;左卫民《大数据与人工智能的司法实践——如何通过人工智能实现类案类判》,《中国法律评论》2018年第2期,第25—27页;洪凌啸《误区与正道:法律人工智能算法问题的困境、成因与改进》,《四川师范大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第66—67页。

⑥左卫民《地方法院庭审实质化改革实证研究》,《中国社会科学》2018年第6期,第124—129页。

⑦陈瑞华《侦查案卷裁判主义——对中国刑事二审程序的重新考察》,《政法论坛》2007年第5期,第102—104页。

因此,只要案件事实、证据存在争议,二审就应该开庭审理。但如何确定案件事实、证据有问题,是不是如现行《刑事诉讼法》第二百三十四条所规定的被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议即可?如果这样,为了争取开庭的权益,被告人就倾向于在上诉书中提出事实和证据的问题,虚假上诉的现象无法得到有效遏制,宝贵的司法资源因为大量的不必要开庭审理而浪费。所以,仅仅是上述方对事实、证据提出异议还达不到开庭审理的标准,二审法院不得不对此做出判断。

笔者认为,虽然《刑事诉讼法》规定了“上诉不加刑”的原则,也规定了上诉不收取相关费用,但要提高对上诉理由的要求。如果被告人认为一审法院判决存在事实、证据的问题,上诉书中就应该明确说明对事实和证据的争议点、详细列举证据和证人。二审法院在阅读一审案卷并与上诉书进行比对,认真听取检察院方面的意见之后,如果确定对一审判决中认定的事实、证据存在争议,再决定开庭审理。

虽然此种做法也是把开庭与否的决定权交给二审法院,但与2018年《刑事诉讼法》的第二百三十四条相比,改变了二审判决结果导向的思维模式,落脚点是事实、证据的争议。这一方面可以甄别技术性上诉,对没有事实、证据问题的刑事二审案件不再开庭审理;另一方面给原审被告被告人提供了充分的权力救济机会,正因为有了当庭质证和辩论的机会,相对于不开庭审理,即使二审结果没有做出有利于原审被告人的改判,上诉方也更容易接受。

第二,部分刑事二审案件可以采用网上开庭审理的方式。我国互联网法院从2017年8月杭州互联网法院作为第一家挂牌后,几年来如火如荼地发展起来。目前互联网法院的模式是所有诉讼行为及庭审都是通过互联网技术在线进行,专门受理特定类型涉网案件。刑事二审案件与其他案件不同,虽然不具备涉网的特点,但是审理法院与一审法院异地,证人和当事人出庭都需要较高的交通成本,而且上诉人往往在羁押当中,其出庭往往涉及到警力保障。因此,对于一些事实、证据确实存在问题而开庭比较困难的刑事二审案件可以考虑采取网上审理的办法。这样需要出庭的当事人不再需要到二审法院所在地,而已经羁押的上诉人可以在看守所开庭,省去了一系列押解、看管、值庭等操作,提高了效率,减少了风险。而时下仍在持续的新冠肺炎疫情为在线诉讼提供了扩展适用的契机<sup>①</sup>,一些原本线下解决的案件通过在线诉讼方式进行审理,各诉讼参与方对诉讼效果的认可验证了在线诉讼的优势,为线上诉讼的广泛推进提供了一定的基础,线上对部分二审案件进行网上开庭审理的时机已经成熟。

第三,刑事二审案件在实践中可以依靠技术制定行之有效的开庭审理标准,同理,也可以利用技术来甄别技术性上诉案件。在案件进入二审程序之前,有一审从起诉书到庭前会议记录、庭审记录以及判决书等全部案卷资料,同时有上诉书中的上诉理由、辩护人的辩护意见以及检方意见。在法院信息化背景下,案件的全部资料都是电子化储存,建立文本关键信息提取和比对在技术上是可行的。

下面举例按照最简单的情况来建立事实争议量表。假如对某案件现在只考虑一审判决、上诉状和检察院的意见,其实也就包含了控、辩、审三方对案件的判断。对案件的事实进行整理编号,针对案件的每一个事实将三方的观点都分别列出来,那么对事实的争议程度就容易判断了。除了通过人工途径,还可以利用计算机语义识别等技术,通过统计模型或机器学习的方法来对案件事实争议程度进行认定。

争议程度认定可以设定三个级别:非常有争议、一般有争议、无争议,分数分别定为2分、1分、0分。几个事实的分数加总<sup>②</sup>就是该案件事实争议的程度认定情况。开庭审理的事实争议程度临界值的选取是十分重要的,主要根据司法经验来确定,同时也参考二审法院的人力等资源。一个较大的临界值会把真正有事实、证据问题的二审案件挡在法庭之外,所以临界值尽量选择一个较小的值。

同理,建立证据争议量表,确定证据争议程度的临界值。对于同一案件的事实和证据都存在争议的情况下,可以对二者争议程度进行加权求和,根据司法经验确定整体的临界值C。如某案件事实的争议程度得分记为F,证据的争议程度得分为E,根据司法经验确定权重分别为 $w_1, w_2$ ,非负,二者和为1。则该案件事实、证据争议得分为: $w_1 * F + w_2 * E$ ,再判断该得分与临界值C的关系,超过临界值则开庭审理,否则不开庭审

<sup>①</sup>左卫民《中国在线诉讼:实证研究与发展展望》,《比较法研究》2020年第4期,第166—172页。

<sup>②</sup>当案件各事实的重要程度明显不同时可以采取加权的形式求和,下文的证据争议程度亦是如此。

理。

综上,笔者建议刑事案件二审应该充分利用法院信息化优势,制定切实可行的开庭审理标准,甄别技术性上诉,区分出一审存在事实、证据争议的案件。对确实应该开庭审理,但当事人或证人到庭困难的情况可以适当借助网上开庭审理方式。对于刑事二审案件,立法的关键是把开庭审理与案件事实、证据存在问题相对应;司法的关键是结合司法经验,利用技术手段分析解读案件一审审判和二审上诉信息,通过模型和算法划定二审开庭审理的边界。

## An Empirical Study on the Trial of Criminal Cases of Second Instance

ZHAN Xiao-ping

(Law School, Sichuan University, Chengdu, Sichuan 610207, China)

**Abstract:** Using statistical contingency tables, mean comparison, analysis of variance and other methods to demonstrate the impact of court hearings on sentence changes. Combining the statistical analysis of the range of sentence modification and the distribution of reasons for sentence modification, this article believes that the trial of modified sentences of criminal second instance has positive significance. The standard for trial of second instance of criminal cases should correspond to the dispute of facts and evidence, and should not be guided by the result of second instance. In the context of court informatization, it is recommended to start from judicial practice, summarize and quantify judicial experience, and use scales and other technical means to formulate practical and feasible trial standards for criminal cases of second instance.

**Key words:** criminal cases of second instance; court trial; sentence commuting; sentencing

[责任编辑:苏雪梅]