

Avoidance Study of the Original Second Trial Panel

—Doubts about the Judicial Interpretation Provision That the Original Second Trial Panel Shall Not Avoid

Liubing Chen

Civil Law and Business Law School, China University of Political Science and Law, Beijing
Email: chenliubing711@126.com

Received: Dec. 24th, 2016; accepted: Jan. 3rd, 2017; published: Jan. 10th, 2017

Copyright © 2017 by author and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

Abstract

In the Judicial Interpretation of the Civil Procedure Law of the Supreme People's Court, article 45 (2) stipulates that the members of the original second trial collegial panel shall not be restricted from the avoidance when they return to retrial and then once again enter a second trial. Such stipulation lacks grounds in legality and also rationality. In reality, legitimate rights and interests of a party could suffer damage, also it is uncovered that dependence of retrial panel may be affected and the other party could exploit this system leak. By trying to explore the legislative background of this provision, it can be found that this is closely related to the understanding of effect to the neutrality of the panel of second trial and is also closely related to our trial organization. At present, the legal provisions should be improved through appropriate forms, the avoidance system should be properly implemented, and the reform and prevention of the related supporting systems of the second instance should be noted.

Keywords

Avoidance, Appeal after Retrial, The Original Panel of Second Instance, Trial Reform

重审后又上诉原二审合议庭人员回避问题研究

—对民诉解释中关于重审后又上诉原合议庭人员不必回避的质疑

陈柳冰

中国政法大学民商经济法学院，北京
Email: chenliubing711@126.com

收稿日期：2016年12月24日；录用日期：2017年1月3日；发布日期：2017年1月10日

摘要

最高人民法院民事诉讼法司法解释中，第四十五条第二款规定了发回重审后又进入二审程序的，原合议庭组成人员不受回避的限制。该规定从立法现状和回避制度理论来看于合法性和合理性上都存在缺失。现实中，当事人的正当权益可能因此受损，在实务中也将引发重审合议庭独立性受影响、当事人利用制度漏洞的危害。通过试图探究该规定的立法原因，得出结论认为这与对重审后又上诉原二审合议庭人员不回避将影响审判中立的认识具有密切联系，也与二审法院改革二审审判组织方式息息相关。当前应通过适当形式完善法律规定，将回避制度正确贯彻，并注意二审相关配套制度的改革与防范。

关键词

回避，重审后又上诉，原合议庭组成人员，审判改革

1. 立法现状

重审后又上诉原二审合议庭人员不必回避——这一规定出现在最高人民法院颁布的民诉法司法解释中，由于该表述与理论上“在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得再参与该案其他程序”的原理冲突，不禁引起笔者怀疑该条规定的合法性与合理性是否存在问题。故以基本法为主、司法解释及法院相关规定为辅，并以时间为线索，对我国回避制度的立法现状进行分析，可见主要体现于以下法律内容中。

1) 《民事诉讼法》

2012年新《民事诉讼法》颁布，其中对于发回重审后又二审程序时的合议庭是否适用回避制度并没有特别规定，只是在第四十条第二款规定了对于发回重审的案件，原审人民法院应当按照第一审程序另行组成合议庭；以及在民事诉讼法第二百零七条第二款规定了对于再审的案件，人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

2) 最高人民法院相关规定及司法解释

2000年，最高人民法院《回避规定》中于第三条对回避进行了原则性的规定：“凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得再参与该案其他程序的审判。”

发回重审后又进入二审程序，原二审合议庭人员却不适用回避的规定最早见于2011年《最高人民法院关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》中第三条：“凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得再参与该案其他程序的审判。但是，经过第二审程序发回重审的案件，在一审法院作出裁判后又进入第二审程序的，原第二审程序中合议庭组成人员不受本条规定的限制。”

紧接着，2012年《最高人民法院刑诉解释》第二十五条，其中规定了：“参与过本案侦查、审查起诉工作的侦查、检察人员，调至人民法院工作的，不得担任本案的审判人员。在一个是审判程序中参与过本案审判工作的合议庭组成人员或者独任审判员，不得再参与本案其他程序的审判。但是发回重新审判的案件，在第一审人民法院作出裁判后又进入第二审程序或者死刑复核程序的，原第二审程序或者死刑复核程序中的合议庭组成人员不受本款规定的限制。”

而后同样的规定再现于 2015 年《民诉解释》第四十五条：“在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得再参与该案其他程序的审判。发回重审的案件，在一审法院作出裁判后又进入第二审程序的，原第二审程序中合议庭组成人员不受前款规定的限制。”

3) 合法性缺失——司法解释越权立法

根据以上对于法律规定的简单梳理，可见发回重审后又进入二审程序时的回避问题民诉法和刑诉法其实都没有进行特别规定，既然如此，是否意味着最高人民法院对于这一情形下不受回避限制的例外规定突破了法律解释的权限。《宪法》第四十二条规定了两种情况下需要运用法律解释：一是法律的规定需要进一步明确规定的；一是法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律规定的。重审后再次进入二审是自从审级制度存在以来就一直出现的现实情况，不能属于新情况；法律对回避内容的规定也并不模糊、制度目的也较为明确，无需进一步规定。因此，法律解释机关违背制度目的，以例外方式设定新内容，存在越权立法的问题。应当认识到法无规定即禁止，其并不具有突破民事诉讼法进行立法的权力。

4) 合理性缺失——与回避制度目的相悖

回避制度历史悠久，最早起源于古罗马的“自然正义”理念^[1]，该理念有两个基本要求：“一是任何人不得担任自己案件的法官，二是法官应听取双方的陈述。”两方面要求都是为了保证案件当事人有机会伸张“看得见的正义”。后来随着对正义理念认识的逐渐发展，人们认为正义的内涵不仅包括实体正义，也应涵盖程序正义。实体正义指向案件裁判结果的实体公正，体现在法官或陪审团审判后形成的裁判中，带有一定的主观性。程序正义却被称为一种“看得见的正义”，是力图通过完善的程序规则以给当事人伸张的机会，其基本要求就是裁判者具有中立性。回避制度的本质目的就是通过赋予当事人申请权以回避可能影响案件公正审理的因素，即那些不能中立、内心存私、带有倾向性观点的裁判者。

基于回避制度的本质目的是为保护裁判者的中立性，回避的理由主要包括：“(1)是本案的当事人或近亲属的；(2)本人或他的近亲属与本案有利害关系的；(3)担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；(4)与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的；(5)审判人员、检察人员、侦查人员接受当事人及其委托的人请客送礼，违反规定会见当事人及其委托人的；(6)凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员，不得再参与该案其他程序的审判；(7)审判人员及法院其他工作人员离任二年内，担任诉讼代理人或者辩护人的，人民法院不予准许；等等。”其中对于在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员需要回避，主要是考虑到审判人员在审判程序中接触到案件实体内容后，往往已经形成内心偏见，且此种偏见几乎难以消除。如果再次参与该案其他程序的审判，该审判人员的中立性将会受到严重质疑，因为保证中立性的条件之一即是案件的审判人员在审判程序前应对案情呈内心空白的状态。

因此，在其他程序参与过该案审判的审判人员应当回避是大多数国家地区都规定的回避情形之一。如德国民诉法第 583 条及其之后几条，明确了曾经在一个审级参与了被声明不服的裁判的工作——当事人提起上诉并不是希望同一个法官又参与裁判，应予回避^[2]。《法国民诉法》第 341 条对法官的回避规定的法定事由，其中也包括“如法官在此前曾作为法官或仲裁人受理过本案，或者在此前已为一方当事人提供过咨询”；《日本民诉法》第 23 条中“法官曾参与该案件的仲裁裁决，或者曾参与被声明不服的前审裁判”^[3]。文章认为，日本民诉法中规定的措辞内涵有待商榷，由于二审发回重审的裁定实际上没有直接收到当事人不服的声明，其再次上诉针对的乃是重审判决，但不能因此陈述就认为重审后再次上诉原合议庭成员不必回避，因为发回重审的程序也是一个完整的程序，法官在裁定过程中已经形成了一些难以改变的观点，再次由其审理不利于对事实证据从换位思考的角度客观判断。只要法官曾经参与了国家意思的形成过程，以日本民诉法的术语来讲即属于与前审有关联应当除斥。二审发回重审的裁定是体现国家意思的文书，应当予以回避。从这一回避理由设置的真正目的出发，才能妥当对其适用，以落实程序正义的第一道防线作用。

2. 现实问题

2010年7月6日,某房地产开发公司在某财产保险股份有限公司在甲地的分公司处投保了建筑工程一切险,保险项目为建筑工程,特种危险及第三者责任险。约定保险期间自2010年5月27日至2013年11月26日,建筑期限自2010年5月27日至2011年11月27日。2012年4月29日该房地产开发商投保的某居住商业施工项目中的24号楼发生火灾,事故认定书认定:排除开发商放火嫌疑,排除电器火灾的可能;不排除外来火源,不排除遗留火种。发生此次事故后,该房地产开发公司向保险公司申请理赔。保险公司出具理赔通知单,核定:此次事故出现原因为火灾,出险时间为2012年4月29日,本保单建筑期已于2011年11月27日终止,故火灾事故出险时间不在建筑期内,不属于保险责任,拒绝赔付。遂房地产公司起诉至沈阳市某基层人民法院,要求保险公司赔偿此次事故造成的损失。一审法院查明事实,本合同的保险期间为2010年5月27日至2013年11月26日,但不能忽略保险合同及保险条款中关于建筑期保险期间的约定,而火灾事故出险时间不在建筑期内,故不在建筑险范围内,特种危险及第三者责任险没有证据支持,判决原告败诉。宣判后,该房地产开发公司提出上诉,以火灾事故发生于保险合同期间内为由,请求二审法院撤销原判决。

二审法院经审理,裁定撤销一审判决,并在裁定意见中写道:建议原审法院查明被上诉人是否提供证据证明对建筑期外不承担保险责任,做出足以引起投保人注意的提示,并对投保人做出明确说明。

重审法院重审后认为当事人双方签订的建筑一切险以及第三者责任险的保险合同真实有效,然而对于其中“建筑保险期间范围”被告未尽到向原告明确说明与提示的义务,即使按照行业惯例对合同中规定了建筑期间即应为建筑险的保险期间,也不能在此作当然解释。对此判决结果,保险公司提起上诉,认为根据行业惯例,其并不负有此种提示义务,保险合同已经将各种保险范围的保险期间约定的十分明确。然而再次进入二审程序,发现仍然由原二审合议庭人员受理了本案并维持了重审判决,最终保险公司败诉。

本案中,暂不论实体法问题上孰对孰错,仅从程序法角度出发——第一次二审中被告对合议庭处理意见感到不合理时,被告对负责其案件的二审合议庭中审判员的能力和公正性就产生了怀疑心理,然而发回重审后再次进入二审程序,发现自己的案件仍然回到了原二审合议庭审判员的手中。被告认为已经审判过其案件的合议庭人员很可能内心已形成偏见,将影响审判的中立性,希望通过申请回避重新组成合议庭,使自己的案件在第二次二审的过程中得到公正审理,却发现当前司法解释竟然使这种情形合法化了——新民诉法司法解释第45条规定:“在一个审判程序中参与过本案审判工作的审判人员,不得再参与该案其他程序的审判。发回重审的案件,在一审法院作出裁判后又进入第二审程序的,原第二审程序中合议庭组成人员不受前款规定的限制。”于是,被告求助无门,对审判结果再次感到失望,同时对法院审判组织的信任感也大打折扣。“勿以恶小而为之”,该规定引起的现实问题值得我们重视。

3. 实践危害

发回重审后又进入二审程序原合议庭人员却不适用回避,存在的危害不知作用在当事人的心理层面,进入二审后案卷已经向所有合议庭人员开放,原二审合议庭人员均有可能已经对案情形成内心偏见。在此情形下,文章试图通过比较发回重审后又进入二审程序是否回到同一合议庭两种模式的实务运作,以探究原二审合议庭人员不予回避带来的不当影响。

原二审合议庭是否回避两种模式,如表1所示。

1) 当事人程序利益受损

以上文案为例,二审合议庭法官B认为事实争点应围绕保险公司对建筑险期间是否尽到提示义务,已经与原审法院A查明认定的事故是否落在保险期间的事实争点相背,如果重审法院C经审理认为二审

Table 1. Two modes in the cases where the original second trial panel avoids or not
表 1. 原二审合议庭是否回避两种模式

程序	一审	二审	重审一审	重审后又进入二审
模式一	A	B	C	D
模式二	A	B	C	B

A、B、C、D 指合议庭或审判人员。

法院 B 的建议并不合理，仍然坚持原审法院 A 所认定的争点，那么重审后再进入二审程序如果另组合议庭 D 受理，存在两种可能的处理结果。一种是支持重审合议庭 C 的判决结果的，另一种是可能推翻 C 的结果。但若回到出具原二审建议的原合议庭 B，由于主观偏见都带有顽固性，在这种情况下 B 更是极少可能承认自己原来的二审意见存在失误，因此 C 作出的与其预期不同的重审判决极有可能无法得到理性审视。此时第二次二审的正当程序利益对于败诉一方当事人来说已然被剥夺。

2) 重审一审合议庭评议的影响

根据以上论述，在第二种模式下，重审合议庭 C 可能做出两种结果。其一，未遵循 B 的发回意见，作出了和原审 A 相同的判决结果，当事人再次进入原二审合议庭 B 的手中，B 极有可能根据自身意见直接改判；其二，假设重审合议庭 C 作出了符合 B 偏见的判决结果，B 极大可能维持其判决。存在这样潜在预期的结果，不仅会给重审合议庭 C 造成极大压力，也很可能导致原二审合议庭 B 的偏见直接施加于判决结果。重审合议庭 C 基于上下级压力很可能不再进行独立判断，而是直接作出符合 B 期望的结果。

当前实务中，中级法院普遍的说法是“自己家的孩子自己领”，重审后的上诉案件普遍都再次回到原合议庭的手中，那么知悉此运作方式的重审合议庭很可能在重审时直接按照二审意见判决，不仅侵犯当事人的审级利益，而且这种潜在造成的重审合议庭丧失独立性的审判与推行的审判独立制改革宗旨相悖，严重侵害程序正义和实体公正。

3) 一方当事人不当利用的机会

如以上分析所述，如果一方当事人及其代理人在二审后了解了某合议庭或合议庭中审判人员对己方主张抱有利偏见，这一回避漏洞会刺激一方当事人主动寻求案件重回合议庭 B 的机会。在这种利益驱使下，可能刺激产生许多相关的违法行为。对于回避制度，“利害关系”的认定本就存在很大困难，合议庭人员的信息披露机制也尚不健全，如果连这种“看得见”的对于审理过自己案件的法官申请回避的理由都得不到保护，必然增加当事人利用制度漏洞的恶劣机会。

4. 立法原因

为了寻求对这一规定的设定初衷到底为何，文章找到《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用》中对于本条给出的解释，该解释中提到民事诉讼法对于再审案件和发回重审一审的合议庭另行组成均作出了要求，但对于发回重审案件再上诉时的第二审程序，并无要求，故在本条第二款明确规定不受回避限制。“因为发回重审案件后的案件审理与原来案件的审理并非原审法院同一合议庭人员审理，该案件又上诉后再由原来的二审合议庭人员继续审理也并无不妥，并不违反民事诉讼法的规定。”^[4]这一解释却并没有揭示出该款规定的初衷为何，同时也严重违反了司法解释的立法权限设定。那么，是否可能存在其他合理的解释观点？

1) 发回重审原二审合议庭没有接触实体问题

实务中，大量发回重审的案件是因为存在程序问题，结合《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用》中给出的解释，似乎原合议庭人员不必回避的这一例外是基于其没有接触到实体问题的考虑。

原二审合议庭发回重审既有可能仅因程序重大违法，又有可能因事实不清。因程序严重违法发回重审，合议庭有可能仅对程序证据进行了调查。但因事实不清发回重审，原二审合议庭对事实问题显然已经有所接触，内心偏见的形成难以避免，故考虑到中立性受影响不宜再次参与案件其他程序的审判。但是，进入二审后全部案卷已经对二审合议庭人员开放，不论是因何种缘由发回重审，合议庭人员都有充分的机会接触到整个案卷内容，并且对案情形成一定程度上的内心偏见。以何种标准判断二审合议庭审判人员内心是否已受“污染”都是模糊并徒劳的，无从查考，因此应当全部实行回避，不得在重审后又上诉时再次担任该案件的审判人员。

2) 二审法院法官素质较高

古罗马法早已记载道人性是不可信任的，故而需要法律。即使在法官地位已经足够高，可以得到大多数群众信任的情况下，也必须承认法官也是凡人，会受到感性的影响。况且情理法本就难以划分清晰的界限，一些不公正的偏见在形成后也不易被他人察觉。因此无论何时程序法的存在都是被需要的，它应当起到最基本的保护当事人得到公正判决结果的第一层堡垒作用。又何况我国当前法官水平不一，法学教育不甚完善，各项匹配制度仍于筹措与试验当中。法官水平高低的偶然性如此之大，不可妄言其素质较高或受过专业训练而免于回避。

3) 出于司法资源利用的考量

二审法院的法官人数与受理的二审案件数量相比呈弱势，现实中常见的是一个中级法院对于某一领域的法官人数组成一个小组，只要有这一领域的案件上来，就由小组共同讨论，再由其中三人组成合议庭给出最后的文书。这就导致合议庭人员即使回避，结果也仍然以小组共同的讨论结果为准，利益受损的当事人没有胜算的可能。这种为了最大化利用司法资源的做法的正确性值得怀疑。司法制度的设置过程中，本来就存在各种价值取向的平衡与取舍。司法资源的合理利用是我们在平衡取舍中需要关注的一个重要方面，但是在司法公正可能因此受到严重侵害的情况下，不应舍弃司法的本质目的——司法公正而盲目追逐诉讼效率。

同时，笔者也发现，实务中一些情况下审判小组经由共同讨论得出处理意见，在发回重审的意见中显示出二审法院已经对该案实体问题形成了明确的答案，似无必要再以事实未查清为由发回重审，既增加原审法院的负担，又增加当事人结案的成本。应当直接改判的不直接改判还要发回重审，可见这种审理方式存在极大的弊端，于各方面考量都不能得到正当的解答。

5. 解决对策

1) 制度纠正——采取批复或决定形式

民事诉讼法司法解释中对于重审后又进入二审原合议庭人员不适用回避这一规定的存在，已经使得危险的影响正在发生。考虑到当前立法现状，较为恰当的纠正方式是通过批复或决定的方式对重审后又进入二审原合议庭人员适用回避进行正确规定。

2) 制度保障——改革二审审判组织方式

然而，即使能够以批复或决定的方式纠正了重审后又上诉进入二审原合议庭人员不回避的做法，组成新的合议庭，当前的审判制度下回避的目的却也未必一定能实现。究其原因，是某些二审法院的审判组织方式曾经主要采取共同讨论的方式，对上诉进入二审的某一领域内案件，所有相关领域的审判人员形成一个小组经讨论得出处理意见再由合议庭实行。这种审判组织方式直接导致需要接触实体问题的二审案件已在所有二审法院的相关领域审判人员中产生了内心偏见，即使重审后又进入二审能够以回避理由更换了原合议庭成员，新合议庭成员也已在庭审外对案件产生了一定程度上的内心偏见，当事人的回避申请并无法产生保证审判人员内心空白、保持中立性的作用。

这种审判组织方式影响当事人对审判人员中立性的期待，也与当前审判改革主导的法官独立制相违背。因此，某些地区二审法院已经试验采取多审判小组制，相关领域的审判人员分成若干审判讨论小组分别对上诉的二审案件讨论，再由合议庭人员斟酌采用讨论意见。这一改变对于当事人来说无疑是有利的，其他小组的审判人员没有机会接触到案件内容，可以作为新合议庭人员参与审判，保障当事人完整的审级利益。当然，具体的配套措施仍需注意，如应当披露审判讨论小组人员构成。

3) 制度防范——严格限制二审法院恣意发回重审

虽然通过纠正法律规定和改变二审审判组织形式，回避的目的可以得到贯彻，但是这一彻底的回避做法也可能潜在地导致二审法官为摆脱棘手案件而恣意发回重审。因为一旦发回重审，该案件再次进入二审也不会再回到原法官审判范围内，原法官正好利用发回重审彻底摆脱对此案的责任。

在对这一回避规定的实务调查过程中，本文也发现二审法院发回重审的情形中容易存在司法腐败的现象。当前，重审后又上诉原二审合议庭人员不回避的做法下，存在两大主要的腐败动机。其一，二审法院倾向于通过事实不清证据不足这一理由将当事人“特别关注”的案件或争议较大的案件发回重审，以防止自己的裁判文书成为不满的当事人信访的直接对象。其二，对一些本可以直接改判的案件，二审法官也以事实不清的理由通过发回重审并附带审判意见来实现间接裁判的目的，重审合议庭的独立性因其发回重审的意见函儿受到不当影响。假设可以在重审后又上诉中贯彻回避制度，二审法院试图通过发回重审的附带意见来实现间接裁判的目的将不会轻易实现，重审合议庭可以较为独立的做出自身判断。然而，二审法院法官试图摆脱争议案件责任、不成为信访对象的目的，经由回避的贯彻，将促使二审法官更容易利用发回重审的手段来实现。

因此，对回避制度贯彻的同时，应做好配套制度的防范。对于二审案件发回重审的数量应当严格限制，对二审合议庭发回重审的缘由进行严格监督，对以事实不清为由发回重审的情形应当细化规定，对于二审法院认定争议焦点与一审法院存异的情况下，应当结合证据自行认定，不得一概直接发回重审。只有一审中对于事实认定的证据显著缺失时才应考虑发回重审。二审法官以事实不清为由借故发回重审的行为应受到检察院检察建议的严格监督，如何识别不正当发回重审的行为也有待进一步细化规定。

6. 结语

作为诉讼法基本制度之一，回避制度起到保障程序正义与实质正义的“第一道防线”作用。为了实现审判的中立性，回避的原理之一即是对参加过一个审判程序的审判人员，不得再参与该案其他程序的审判。然而，最高人民法院颁布的《民事诉讼法司法解释》第四十五条第二款却例外规定了重审后又上诉原二审合议庭人员不必回避。该规定属于司法解释越权立法，与回避制度目的相悖，应当通过适当形式予以纠正。同时，在回避贯彻中，对二审审判组织形式存在的一定不合理之处也应注意加以完善，防止二审不当发回重审的情形发生，各项制度互相作用配合，才能真正实现完善回避制度的目的。

参考文献 (References)

- [1] 周云倩. 程序正义视阈下的舆论监督[M]. 南昌: 江西人民出版社, 2012: 120.
- [2] [德]奥特马·尧厄尼希. 民事诉讼法[M]. 周翠, 译, 第 27 版. 北京: 法律出版社, 2003: 63.
- [3] 田平安, 主编. 民事诉讼法原理[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2005: 198.
- [4] 沈德咏, 主编. 最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015: 212.

期刊投稿者将享受如下服务：

1. 投稿前咨询服务 (QQ、微信、邮箱皆可)
2. 为您匹配最合适的期刊
3. 24 小时以内解答您的所有疑问
4. 友好的在线投稿界面
5. 专业的同行评审
6. 知网检索
7. 全网络覆盖式推广您的研究

投稿请点击：<http://www.hanspub.org/Submission.aspx>

期刊邮箱：ojs@hanspub.org