

欲加之刑，何患无方 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E6_AC_B2_E5_8A_A0_E4_B9_8B_E5_c122_480404.htm

我国刑事诉讼法中，上诉不加刑原则被视为保障被告人上诉权的一项重要诉讼原则，该原则对于保障被告人的合法权益，体现诉讼民主和现代司法文明都起到了积极的作用。然而在司法实践中，经常存在审判机关为了追求实体公正，利用与第二审程序相关联的发回重审制度和审判监督程序来规避该原则的情形，尤其是发回重审变相加刑的问题尤为突出。笔者试图就此问题进行分析，以探寻“变相加刑”问题的解决之道。

一、案例说明

案例一：陈某因与邻居林某发生纠纷而对林某怀恨在心。某日陈某将半瓶农药甲胺磷倒进林家的水井里，因被及时发现而未造成严重后果。对于本案，一审时检察机关以故意杀人未遂起诉，法院以毁坏公私财物罪判处陈某有期徒刑2年。被告上诉至二审，二审经审理以事实不清为由裁定发回重审。一审法院重审时，检察机关重新指控陈某犯投毒罪，法院以同样的犯罪事实认定陈某犯投毒罪，判处其有期徒刑5年。被告人不服提起上诉，二审法院驳回上诉，维持原判。

案例二：王某因涉嫌故意杀人罪被一审法院判处死缓，王某不服，提出上诉，（检察院没有抗诉），二审法院以原判决事实不清为由撤销原判发回重审，一审法院在认定事实没有任何改变的情况下，判处王某死刑。王某不服，又提出上诉。两个案例都是由被告人上诉，二审法院以事实不清为由发回重审，在重审中加重了被告人刑罚的案件，同属于在重审前后认定事实没有变化的情况下变相加刑的情形。目前学界

对在二审的发回重审以及再审程序中是否应当受上诉不加刑原则的制约一直存在争议，尚无定论，而根据现有的刑诉法的解释，利用与第二审程序相关联的发回重审制度和审判监督程序来规避该原则也是合理的方法。

二、上诉不加刑原则

（一）上诉不加刑原则的含义

“上诉不加刑”是我国学者对该项原则的一种简略式、口语化的称谓，在我国刑诉法中的规定是“不得加重被告人的刑罚”，其含义不甚明确。由于日常语言中对“加”、“减”、“轻”、“重”等概念多从数量上的“多少”角度来理解，故而人们容易对“不加刑”的含义单纯从量刑幅度上考虑。从国外刑事诉讼法的有关规定来看，尽管各国对该原则的表述不一，但有一点是共同的，即上诉审的判决不得将被告人置于更加不利的境地。例如在各国刑诉法上有“禁止加重刑罚”（德国）、“禁止变更为不利”（日本）、“不能给当事人带来麻烦”（罗马尼亚）等表述，通称“禁止不利变更原则”。可见，上诉不加刑原则本质、确切的含义应当是：禁止上诉审法院做出任何不利于被告人的变更处罚。它既包括禁止在被告人的量刑幅度上进行不利变更，也包括禁止在刑种、罪名或缓实刑方面作出不利变更。具体来说，上诉不加刑原则应包含三层含义：不得判处比原判更重的刑种和罪名；不得加重同一刑种的量刑幅度；对被告人判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的，不得撤销原判决宣告的缓刑或者延长缓刑考验期。

（二）上诉不加刑原则的价值蕴涵

从我国刑事司法制度的发展来看，尽管在实践中对上诉不加刑原则存在不同认识，但对这一原则在推动我国刑事司法制度的发展上发挥了重要作用。上诉不加刑原则的价值蕴涵主要体现在三个方面：其一，保障被

告人的上诉权。上诉权是被告人在一审判决后行使辩护权的一种重要方式，上诉不加刑原则可以消除被告人担心因上诉而被加重处罚的心理顾虑，有利于被告人充分行使其上诉权和辩护权，最大限度维护自身利益。其二，加强一审法院的审判责任感。根据上诉不加刑原则，如果一审法院量刑确属过轻，二审法院又受该原则的限制，这就可能产生放纵罪犯的消极后果，影响法律的公正性。因而，这一原则从另一侧面要求一审法院注意加强责任心，提高办案质量，防止轻纵犯罪分子。其三，促使检察机关积极履行公诉职能。上诉不加刑原则有一个例外，那就是因抗诉或者自诉引起的二审案件不受该原则的限制，这样，有了上诉不加刑原则，为了保证正确追诉犯罪，检察机关更应该通过行使抗诉权，发挥法律监督职能，以达到惩罚犯罪，维护国家、社会和人民群众利益的目的。结合我国的立法和司法实践来看，上诉不加刑原则受到了普遍肯定，但在该原则的具体运用中，尤其在与实体公正发生冲突时，该原则所代表的程序正义只能屈居第二。为了合理规避而又不否定该原则，实践中常采用的方式就是利用与第二审程序相关联的发回重审制度。

三、发回重审制度与变相加刑

（一）变相加刑现象产生的原因分析

变相加刑反映的实质就是“实事求是论”及其背后的实体真实主义。我国刑事司法制度长期以来都将打击犯罪作为其基本价值定位，由此衍生出的“以事实为根据，以法律为准绳”的“客观真实说”以及“有错必纠论”主导着我国刑事制度的发展，为了追求实体的公正，一切程序的东西都可以不惜牺牲。因此，上诉不加刑与实事求是、有错必纠原则之间的矛盾是产生变相加刑的根本原因。任何原则都具有相对性，而

实事求是、有错必纠原则也不例外。上诉权是刑事被告人所拥有的基本权利，两审终审也是刑事诉讼的基本制度，没有上诉不加刑原则作保障，被告人的上诉权随时有遭受损害的危险，两审终审制将形同虚设。因此，从二审的目的和任务来看，上诉不加刑原则并不是依赖于实事求是、有错必纠原则的附属物，二者都是实现刑事诉讼的任务所必不可少的，从这个意义上讲，二者具有一致性。同时，在司法实践中，上诉不加刑原则对实事求是、有错必纠的影响其实非常有限。且不说第一审判决绝大多数定罪量刑是正确的，少数错误的部分还包括轻、重两种情形，故第一审判决量刑过轻的情况本身就比较少见；更重要的是，检察机关作为控诉、监督机关，对定罪量刑过轻的一审判决有权提起抗诉。这样，只有被告人一方上诉而实际上量刑过轻的一审判决，二审又不能加重刑罚的情形更是极少数。所以，上诉不加刑原则应当认为是实事求是、有错必纠原则的一种例外，而非否定，是立法者在权衡之后对实事求是原则的部分“割让”或“限制”，换来的是上诉不加刑原则对二审终审制度的维护、被告人上诉权利的保障、对检察院审判监督机制和法院责任心的加强。

（二）发回重审制度成为变相加刑主要方法的原因分析

发回重审制度是追求实体公正、二审法院加强对一审法院监督的重要方式，不容否认，这一制度在诉讼程序中发挥了一定的积极作用。但这一制度同时也存在很多问题，在司法实践的操作中容易与其他原则、制度产生矛盾、抵触。学界对于发回重审制度的批判有一段精彩的二难推理：如果二审中已经查清了案件的事实，并据此判定原判认定事实不清或证据不足，那么，不对案件直接改判而发回重审，岂不

多此一举？如果二审审理中并未查明案件的正确事实和清楚事实是什么，如何能得出原判认定事实错误或认定事实不清的结论？发回重审的依据何在？可见发回重审制度目前在学界存在很大的争议。学界争议的主要原因在于发回重审制度的标准，即事实不清或者证据不足，以该标准发回重审在司法实践的应用中存在很多问题，以下两点尤为突出。第一，该标准带有较大的自由裁量性质，即很强的不确定性，在司法实践中把握起来比较困难。案件事实是已经发生过的事实，探明案件事实的过程，实际上是通过已有的证据去再现已经发生的案件事实或者案件发生的过程。但由于时间的不可逆性、人类认识能力的有限性以及审判人员判别思维方式的差异性，完整地再现过去的客观事实则是一种不可实现的司法理想。对案件到了什么程序和地步才是事实清楚证据充足，二审法院和一审法院可能各有其不同的认识和理解，即使在一审法院内原审判组织和新审判组织之间也可能存在差异，实际上也很难评说哪一种认识和理解孰是孰非。以这种模糊的标准来作为案件发回重审的标准，非常容易为审判机关规避法律而破坏上诉不加刑原则留下立法上的漏洞。第二，发回重审也存在二审法院先入为主之嫌。二审如果认为“事实不清、证据不足”，事实上是基于存在这个案件事实的推定，先入为主地将案件置于了某个特定场景之中，也就是从事实到证据的逻辑过程而不是从证据到事实的逻辑过程，这种做法显然不妥，尤其是在刑事诉讼中，这种推定有违“无罪推定”的基本原则。根据刑诉法192条的规定，原审人民法院对于发回重新审判的案件，应当另行组成合议庭，依照第一审程序进行审判。法律并没有规定该情形是否应当受上诉

不加刑原则的制约，而发回重审制度标准又存在的上述弊端，使其很容易成为规避上诉不加刑原则变相加刑的常用方式。

四、变相加刑问题的缓解之道毫无疑问，变相加刑有违刑事诉讼制度的程序正义理念，是司法实践中应当杜绝的现象，而发回重审制度为的是对实体真实的追求，其作用也不言而喻，不可能为了控制变相加刑问题而取消发回重审制度。因此，笔者只能在现有的诉讼制度下，分析如何缓解变相加刑问题。具体从以下两个问题探讨：第一个问题，发回重审后加刑是否合理？如前所述，因发回重审而加刑并不合理。事实上，法律赋予了检察机关提起抗诉的权利，检察机关不提起抗诉，表明其代表的国家已接受这种结果，或放弃了要求被告承担更大刑事责任的权利。而法院行使的是司法权，实行的是不告不理原则，不应当承担起主动追究犯罪，加重被告人刑事责任的角色，因此，只需对被告人的上诉请求审查，无须认定被告人是否应当加刑。如果上诉有理，则采纳；如无理，则驳回请求。但是根据目前的法律规定，因发回重审而加刑在形式上又是合法的，而且在司法实践中是多发常见。“上诉有理，则采纳；如无理，则驳回请求”的司法理想在当前的法制环境下不可能实行的。

第二个问题：既然因发回重审而加刑的现象无法避免，那么司法实践中如何兼顾发回重审制度与上诉不加刑原则，控制变相加刑问题？发回重审案件虽然按照一审的程序审判，但其源于经过上诉的二审案件，这个双重特征决定了这类案件与上诉不加刑原则具有特殊的关系，这种特殊关系既要考虑对上诉不加刑与实事求是、有错必纠原则的兼顾，也应当考虑对程序正义与实体真实的遵循。因此，对于发回重审与上诉不加刑的矛盾

可以从两个方面来缓解：一方面，原审法院对于发回重审的案件，如果重审后认定被告人犯罪的基本事实没有变化，与原审判决相比，重审法院不得加重被告人的刑罚。这里的犯罪事实既包括重罪轻罪事实，也包括一罪数罪事实，但犯罪事实不是指同一犯罪事实得到更多证据的证明。另一方面，如果重审后认定的犯罪事实确实不同于先前的审判，则可以加重对被告人的刑罚，具体说来，重审后犯罪事实发生变化导致加刑主要有以下几种可能：(1)检察机关指控两个或者两个以上种类的犯罪事实，原审法院只认定其中一部分，重审时在检察机关指控的范围内，法院认定了比原审更多的犯罪事实，且证据确实充分，在这种情况下，一审定一罪，重审可能定两个以上的犯罪，量刑遂被加重；(2)检察机关指控同一种类的数个犯罪事实，原审法院只认定其中一部分犯罪事实，重审时在检察机关指控范围内，法院认定了比原审更多的犯罪事实，且证据确实充分，在这种情况下，一审定一罪，重审也定一罪，但量刑加重了；(3)检察机关指控一种较重的犯罪事实，原审法院认定较轻的犯罪事实，重审时法院认定了检察机关指控的较重犯罪事实，这时也可以加重被告人的刑罚，等等。综上所述，适用发回重审制度时应当立足于上诉不加刑原则的价值含义，以重审后犯罪事实是否确有变化来决定重审可否加刑。如果重审后犯罪事实与原审认定的基本事实没有变化，主要证据没有变化，即使一审法院第一次审理确实轻罚了被告人，法院也不能加重对被告人的刑罚。在第二审程序中，上诉不加刑原则与有错必究原则发生冲突时，即使牺牲个体的实体公正，也应当实现整体的程序公正，充分保障宪法赋予公民的辩护权得以真正落实。随着

社会的发展与法制的进步，传统的司法理念的重新定位，刑事司法制度将逐步从偏重惩罚犯罪转向惩罚犯罪和人权保护并重的价值观，从追求客观真实转向追求法律真实，届时将不会再产生变相加刑的现象。（作者：王蕾,山东文康律师事务所）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com