

认罪认罚从宽案件中以抗诉应对量刑上诉之质疑

谢小剑

内容提要:认罪认罚从宽案件的审理过程中出现了“投机型上诉”“留所服刑型上诉”等现象。为抑制被告人滥用量刑上诉,检察机关以抗诉加以应对,引发学界及实务部门的广泛争议。检察机关认为量刑上诉违反诉讼契约,损害诉讼效率,可以推出其非自愿认罪认罚从而导致一审裁判错误,进而提出抗诉。然而,以量刑上诉推出非自愿认罪认罚不符合认罪认罚的阶段特征,不能推论一审裁判为“确有错误”。抗诉既不符合抗诉对象回溯性的特点,也不符合抗诉理由法定性的要求,容易诱发报复性抗诉从而不符合抗诉目的正当性的要求,抗诉理由与上诉理由混同不符合抗诉理由独立性的要求。尤其是,以抗诉应对量刑上诉系不合理限制上诉,有违二审终审制以及上诉不加刑制度,不利于改善现有机制控辩协商不足的缺点,可能会掩盖认罪认罚从宽中的问题。我国应当在保障上诉权的基础上采取措施简化二审程序,以化解滥用上诉权所带来的诉讼资源浪费问题,比如建立上诉说理制度、实行有限审查原则、缩短二审审理期限等。

关键词:认罪认罚从宽 抗诉 上诉 二审程序

谢小剑,江西财经大学法学院教授。

一 问题的提出

认罪认罚从宽制度改革以来,实践中出现了许多值得研究的新问题。其中引起较大争议的是如何应对被告人滥用上诉权的情况,即在被告人认罪认罚之后,法院依据签署的认罪认罚具结书,在检察机关提出的量刑建议内,判处被告人刑罚,此后被告人却提出量刑上诉,^[1]要求二审法院改判从轻。

(一) 以抗诉应对量刑上诉的现象

目前主要存在“投机型上诉”和“留所服刑型上诉”两种滥用量刑上诉权的情况。其

[1] 对于以事实不清、证据不足、认罪认罚非自愿、超过量刑建议等为由提出的上诉,应当保障其上诉权,对此并无争议。

一,“投机型上诉”,是指被告人在法院依据量刑建议作出判决之后,又对量刑提出异议、反悔,通过上诉启动二审程序,投机式地期待二审减轻刑罚,即使不能减轻刑罚也不违反其目的,因为上诉不加刑已经保住其所获得的认罪认罚从宽利益。其二,“留所服刑型上诉”,是指希望通过上诉启动二审程序,拖延裁判生效时间,使剩余刑期缩短至三个月以内,最终得以留(看守)所服刑。这两种量刑上诉都导致了二审程序的启动,需要投入更多的司法资源,违背了之前控辩之间达成的量刑协议。实际上,“投机型上诉”和“留所服刑型上诉”都以主观动机为条件,书面的上诉理由可能会掩盖真正的上诉动机,很难判断被告人是真正认为量刑过重提出上诉,还是“投机型上诉”或“留所服刑型上诉”,但是从司法实践的数据中还是可以看出一定的区别。在笔者统计的 232 份判决书中,^[2]以事实不清、证据不足提出上诉的仅有 6 个,以留所服刑为由提出上诉的有 1 个,不说明理由的有 5 个,其他都是以量刑过重提出上诉,共 220 个,占比 95%,多数案件中的被告人重申了之前的量刑轻缓理由,实质上属于“投机型上诉”。^[3]同时,在多数案件中,被告人并不会以留所服刑为由提出上诉,这种现象的评估需要依靠经验判断。有学者指出,在以量刑过重为由而提起上诉的案件中,很多被告人的真实动因是为了留在看守所服刑。^[4]实际上,最高人民检察院在制定相关规范性文件时,也以此为规制对象,说明该问题具有较强的现实性。

对此,部分学者主张对上诉权进行一定的限制,即对允许上诉的特殊情形进行规定,^[5]或者在速裁程序中引入裁量型上诉和上诉许可制。^[6]这些限制上诉的观点只能通过修改立法加以实现,但“远水解不了近渴”,检察机关需要在当前立法下找到所谓“相对合理”的应对方法。为抑制被告人量刑上诉,实践中出现以抗诉应对量刑上诉的现象,即通过抗诉加刑威慑被告人,使其不敢滥用上诉权。实际上,在认罪认罚从宽试点阶段,部分地区的实施细则中也曾明确规定这一做法。^[7]以抗诉应对量刑上诉的方式得到了不少地方检察院的认同,并将之付诸实践。一些法院基于对自身绩效的考虑,也积极配合检察院抗诉加刑。

(二) 以抗诉应对量刑上诉的争议

2019 年最高人民法院、最高人民检察院制定《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(下称“《指导意见》”)时,在征求意见稿中曾试图规定在某些情形下检察机关“可以

[2] 笔者以 2020 年 1 月 1 日至 2021 年 6 月 20 日为时间范围,以“认罪认罚从宽”“二审”为关键词,在裁判文书网上检索,共获 930 件裁判文书,通过人工筛选,挑选出因为被告人提出上诉而检察院抗诉的有 232 件。以 2019 年底《指导意见》的发布为标志,最高人民检察院逐渐形成了相对明晰的抗诉标准,因此分析 2020 年之后一年半的判决书已经具有较好的代表性。笔者在对江西的部分地区调研的基础上,将相关的调研数据与案件数据结合进行了分析。

[3] 在 232 个样本中,一些被告人提出了合理的上诉理由,指出了一审量刑的不合法之处,或者基于判决之后出现和解等新理由。然而,多数案件中的量刑上诉属于被告人对之前量刑协议的反悔,并没有提出实质性的新理由,也就是学界所说的“空白上诉”,试图掩盖“投机型上诉”“留所服刑型上诉”等真实理由。

[4] 参见董坤:《认罪认罚从宽案件中留所上诉问题研究》,《内蒙古社会科学(汉文版)》2019 年第 3 期,第 118 页。

[5] 参见樊崇义、李思远:《认罪认罚从宽程序中的三个问题》,《人民检察》2016 年第 8 期,第 9 页。

[6] 该学者主张在速裁程序中,被告人应首先向二审法院申请上诉许可,法院认为具有合理理由并符合上诉条件的,才启动正式的二审程序。参见牟绿叶:《认罪认罚案件的二审程序——从上诉许可制展开的分析》,《中国刑事法杂志》2019 年第 3 期,第 105 页。

[7] 比如大连市中级人民法院、大连市人民检察院 2017 年发布的《刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作实施办法(试行)》第 29 条规定:“原审依照认罪认罚从宽制度办理的案件,被告人不服判决提出上诉的,因被告人不再符合认罪认罚条件,原公诉机关可提起抗诉。”

提出抗诉”,但最终发布的《指导意见》删除了相关条款,说明对该问题存在不同的认识,不便于统一。^[8]但是,最高人民法院仍然在积极推动该项抗诉工作,试图形成检察院内部的统一规则,对《指导意见》的说明指出:“现阶段对检察机关提出精准量刑建议,法院采纳后被告人无正当理由上诉的,原则上抗诉。对检察机关提出幅度量刑建议,法院在幅度中线或者上线量刑后,被告人上诉的,则不宜抗诉。至于被告人出于‘留所服刑’目的而策略性上诉的,我们认为抗诉需要慎重,由人民法院依照二审程序依法裁判为宜。”^[9]最高人民法院副检察长陈国庆在中国刑事诉讼法学研究会2019年年会上的发言也持类似观点。^[10]可见,即使检察机关内部存在较大分歧,^[11]最高人民法院仍然明确将之作为检察机关的既定政策。2021年最高人民法院发布的《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》第39条规定:“认罪认罚案件中,人民法院采纳人民检察院提出的量刑建议作出判决、裁定,被告人仅以量刑过重为由提出上诉,因被告人反悔不再认罪认罚致从宽量刑明显不当的,人民检察院应当依法提出抗诉。”

但是,这种做法似乎一直未得到最高人民法院的肯定。比如在杨某然贩卖毒品案的裁判要旨中,法官指明:“被告人以量刑过重为由上诉的,二审法院应坚持全面审查和依法裁判原则,不能因此否定一审对认罪认罚情节的认定。”^[12]最高人民法院审判委员会专职委员沈亮也认为,对于被告人认罪认罚后又提出上诉的,原判认定事实和适用法律正确、量刑适当的,应当裁定驳回上诉、维持原判,不能仅仅因为被告人上诉、检察机关就此抗诉,就认为一审判决确有错误、量刑不当而改判加重刑罚。^[13]实践中,也有不少法院并未支持检察院的抗诉。可以预见,未来检察院和法院在这个问题上的分歧将进一步凸显。

以抗诉应对量刑上诉的做法也引发了学术争鸣。持肯定态度的学者多从诉讼效率、量刑契约的角度论证抗诉的合理性。有学者认为,如果被追诉人在一审后选择量刑上诉,与节约司法资源的初衷不符,说明其拒绝认罚,检察院可以通过抗诉剥夺原先量刑上的从轻。^[14]有学者认为不宜限制被告人的量刑上诉权,主张通过检察机关的抗诉权制约“虚假认罚”问题。^[15]还有学者主张将其视为一种违约行为,如果上诉是针对量刑提出,确实属于量刑反悔,可以认为原判决确有错误,检察院可以提出抗诉。^[16]相反,持否定态度的

[8] 参见苗生明、周颖:《认罪认罚从宽制度适用的基本问题——〈关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见〉的理解和适用》,《中国刑事法杂志》2019年第6期,第28页。

[9] 苗生明、周颖:《认罪认罚从宽制度适用的基本问题——〈关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见〉的理解和适用》,《中国刑事法杂志》2019年第6期,第29页。

[10] 参见陈国庆:《适用认罪认罚从宽制度的若干问题》,《人民检察》2019年第23期,第11页。

[11] 参见闵丰锦:《一般不应抗诉:认罪认罚后“毁约”上诉的检察谦抑》,《河南财经政法大学学报》2020年第3期,第120页。

[12] 魏彤:《杨某然贩卖毒品案(第1412号)》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五审判庭编《刑事审判参考》,人民法院出版社2021年版,第43页。

[13] 参见沈亮:《凝聚共识 推进认罪认罚从宽制度深入有效实施》,《人民法院报》2021年7月22日第5版。

[14] 参见王洋:《认罪认罚从宽案件上诉问题研究》,《中国政法大学学报》2019年第2期,第116页。

[15] 参见熊秋红:《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》,《比较法研究》2019年第5期,第95页。

[16] 参见孙长永、冯科臻:《认罪认罚案件抗诉问题实证研究——基于102份裁判文书的分析》,《西南政法大学学报》2020年第4期,第95页。

学者则从保障上诉权、二审终审制的角度论证。有学者认为,我国诉讼中职权主义色彩浓厚,正当程序保障不足,一审尚未实质化,需要强化二审程序的修正功能,因此不应当对上诉进行限制,反对以抗诉应对量刑上诉。^[17] 还有学者主张,在限制上诉的同时,确立认罪认罚案件中的检察机关“一般不应抗诉”原则。^[18]

2020 年 10 月最高人民检察院《关于人民检察院适用认罪认罚从宽制度情况的报告》中提出,对被告人反悔上诉的抗诉条件把握不准,该抗不抗、不该抗而抗的问题都存在,并将之作为我国“落实认罪认罚从宽制度中的主要问题和困难”。然而,在《最高人民法院就十三届全国人大常委会对人民检察院适用认罪认罚从宽制度情况报告的审议意见提出 28 条贯彻落实意见》中,却没有这方面的内容。笔者认为,检察院能否以抗诉应对上诉是认罪认罚从宽制度实施中的重要问题,涉及二审终审制、被告人上诉权的存废,而且会危及认罪认罚从宽制度以及上诉不加刑制度,具有重要的研究意义。

二 以抗诉应对量刑上诉的合法性质疑:从抗诉理论的角度

检察机关对量刑上诉提出抗诉是否正当,是否符合当前法律规范,是首先需要讨论的问题。“因为被告人无正当理由上诉这一行为违背了具结,使得被告人的具结是一种‘虚假认罚’,而且引起本不必要的二审程序,浪费司法资源,也表明被告人不是发自内心的尊重司法机关的裁决,而是抱有一种投机、侥幸心理,不是真诚的悔罪悔过。”^[19] 由此可见,抗诉的三个主要理由为:一是上诉违反了之前的具结;二是上诉造成司法资源的浪费;三是上诉说明被告人不是真诚悔罪。目前对检察机关抗诉行为的研究较为缺乏。本文主要针对能否从上诉推出非自愿认罪进行研究。笔者认为,法院基于认罪认罚作出的定罪量刑判决符合法律规定,原判并非错误,检察院的抗诉理由不成立。以下结合抗诉理论具体展开分析。

(一) 抗诉对象的回溯性

我国《刑事诉讼法》第 228 条规定,检察院只能在“第一审的判决、裁定确有错误”时提出抗诉,主要表现为事实认定、法律适用、诉讼程序三方面的错误,这是抗诉的基本逻辑。将抗诉的对象限定在一审裁判的正确性会致使抗诉对象具有回溯性的特点,只能就一审裁判形成时的考量因素是否正确作出判断,如果裁判基于错误的事实、法律和程序则可以提出抗诉,而不能基于判决之后的错误提出抗诉。可以从这个逻辑出发,评判上述抗诉理由的正当性。对于事后的行为,除非能用于评判之前裁判基础的正确性,否则不构成抗诉的理由。比如,对于判决之后,被告人改变之前的认罪态度转而选择不认罪的,不构成抗诉理由。再如,被告人承诺交罚金和进行赔偿,但一审判决之后转移、隐匿财产的,也

[17] 参见郭烁:《二审上诉问题重述:以认罪认罚案件为例》,《中国法学》2020 年第 3 期,第 259 页。

[18] 参见步洋洋:《认罪认罚从宽制度下上诉权与抗诉权的关系论》,《法学杂志》2021 年第 4 期,第 129 页;臧德胜:《论认罪认罚案件中量刑建议的效力及在司法裁判中的运用——从两起认罪认罚抗诉案件的二审裁判展开》,《中国法律评论》2020 年第 2 期,第 206 页。

[19] 参见陈国庆:《适用认罪认罚从宽制度的若干问题》,《人民检察》2019 年第 23 期,第 11 页。

不构成抗诉的理由。

一些学者认为量刑上诉属于被告人的反悔,违反了之前的量刑协议,从而构成抗诉的理由。也有判决书认为,被告人“对认罪认罚行为反悔,抗诉理由成立”。^[20]然而,从上述分析来看,其事后的反悔行为属于一审判决作出后的行为,违反量刑协议并不等于一审判决错误,不能作为检察院的抗诉理由。除非其反悔上诉可以推出其在认罪认罚时并非真实意思表示,否则属于虚假认罪认罚。有学者指出,检察机关以被告人“不认罚”这一判决后发生的新事实来否定先前判决的合法性,显然不符合诉讼中事实认定与法律推理的基本原理和方法。^[21]在实践中也出现了将反悔上诉作为新的量刑事实的抗诉理由。在某二审判决书中,法院认为,二审期间出现新事实,应予重新调整,抗诉应予采纳,因而判决被告人更重的量刑。^[22]笔者对此持反对态度,我国只肯定坦白从宽,不再认可抗拒从宽的刑事政策,不认罚不是法定的量刑情节。而且,即使抗诉的理由是出现了新的事后量刑因素——不认罚,该新的量刑因素也并未导致之前的判决错误,并未否定之前的量刑事实,所以不能提出抗诉。

(二) 抗诉理由的法定性

在我国,抗诉是基于检察机关的法律监督权,是为了监督法院的判决,因此抗诉的理由必须是一审裁判“确有错误”,一般有如下几种理由。

第一,被告人违背了控辩之间达成的协议,为惩戒该不诚信的行为进而提出抗诉。然而,该协议能否认定为契约尚存争议,即使是公法契约也主要约束公权方,被告人并非不可以违反。同时,该契约效力能否延伸到一审判决后也有待分析,当事人的认罪认罚具结书实际上只是对一审程序及其量刑建议的认可,并不能延伸到二审审判,不能因为被告人认罪认罚就认为其放弃了二审机会。而且,事后的违约行为,如果与一审判决错误之间没有联系,也不符合抗诉的法定理由。

第二,认为被告人滥用上诉权,浪费司法资源。显然,浪费司法资源和一审裁判错误并无关系,不构成抗诉理由。实际上,如果按照量刑上诉可推出非自愿认罪认罚的逻辑,可以认为,如果量刑上诉的案件都必须提出抗诉,则必将有损诉讼效率,而不是提高诉讼效率。

第三,以量刑上诉推出非自愿认罪认罚,这是最为常见的抗诉理由,其目标指向一审裁判错误。笔者认为其“推论”并不合理,不能因为被告人上诉就认为认罪认罚无效,而应综合考虑个案中被告人诉讼权利保护情况、被告人行使的上诉权是否有效等多项因素。^[23]

因此,抗诉不能成为应对量刑上诉的方法。一方面,以量刑上诉推出非自愿认罪认罚不符合认罪认罚的阶段特征。现行法律要求在决定是否适用认罪认罚从宽制度时,需要评估被告人认罪认罚的自愿性。然而,认罪认罚自愿性的重要特征是具有事后性和可

[20] 参见广西壮族自治区北海市中级人民法院(2020)桂05刑终23号二审刑事判决书。

[21] 参见张青:《认罪认罚案件二审实践的逻辑与反思——以4799份二审裁判文书为样本》,《环球法律评论》2020年第6期,第132页。

[22] 参见山西省太原铁路运输中级法院(2021)晋71刑终3号二审刑事判决书。

[23] 参见韩仁洁:《刑事速裁案件二审程序研究》,《东方法学》2021年第4期,第176页。

变性,随着时间的变化可能不断变化,^[24]从一审中认罪认罚变成不认罪认罚上诉,而在二审中又可能认罪,甚至判决生效后还可能变化,不能以事后的变化判断之前的量刑和程序是否适当,否则必将导致程序的反复启动。所以,是否适用认罪认罚从宽程序以及认罪认罚是否有效,主要应考察其认罪认罚时是否真实和自愿,是否遵循认罪认罚的具结程序等要求,而不是要求其认罪认罚“到底”。一审量刑时认罪认罚只要是自愿的,就成立该量刑事实,而不用考虑其之后是否改变,一审判决后不认罪认罚不能否定之前认罪认罚的自愿性。据此,认罪认罚决定具有阶段性,不能因为其事后不再认罪认罚而认为之前的认罪认罚并非真实意愿,从而认为之前适用认罪认罚程序错误,启动抗诉程序。正如不能从离婚推出结婚时非自愿,道理是一样的。另一方面,以量刑上诉推出非自愿认罪认罚不符合《指导意见》的规定。对于适用速裁程序的案件,《指导意见》对二审程序作出了特殊规定。按照《指导意见》第 45 条的规定,以事实不清、证据不足为由的上诉导致原认罪认罚具结书无效,不再适用认罪认罚从宽,原一审判决失效,直接发回重审。相反,对量刑上诉则不能推出原认罪认罚具结书无效,“原判量刑适当的,应当裁定驳回上诉,维持原判”。“原判量刑适当”显然是考虑认罪认罚从宽之后的量刑判断,该立法逻辑说明以量刑上诉直接推定其之前认罪认罚系虚假的意思表示是不成立的,否则“维持原判”的处理必然是错误的。可见,现行立法已经间接明确了量刑上诉,无论是对确定刑的量刑上诉还是对幅度刑中下线量刑的上诉,都不会导致认罪认罚具结书无效,不会必然得出一审判决错误的结论。

(三) 抗诉目的的正当性

抗诉必须具有正当的目的。抗诉的目的和动机应当是监督和维护法律的统一实施,而不能是基于对被告人行为的不满,抗诉应当针对一审判决的错误,而不是被告人的行为。实际上,在我国上诉不需要理由,抗诉却必须指出一审裁判之错误,正是为了有效抑制报复性抗诉,避免抗诉抑制被告人上诉。

目前,检察院主要以法律适用错误和量刑错误提出抗诉。《刑事诉讼法》第 201 条第 1 款确实将非自愿认罪认罚作为不适用认罪认罚从宽制度的法定理由,违反该条会导致判决适用法律错误。在 232 个样本中,检察院认为被告人上诉,其认罪认罚非自愿,导致一审判决畸轻,进而提出抗诉的案件有 197 件,认为适用法律错误的有 24 件,认为事实不清、证据不足提出抗诉的有 3 件,认为法院判决过重的有 7 件。这说明目前检察机关的抗诉主要用于应对被告人提出的量刑上诉。大多数检察院抗诉的理由是:从被告人上诉推出其不是真实认罪,一旦具结书被推定为无效,法院判决的依据将不复存在,一审中认罪认罚的基础也就不存在,从而原判适用认罪认罚从宽量刑是错误的,需改判加刑。^[25]

统计显示,在 232 个样本中,改判的只有 81 件,多数没有支持检察院的抗诉意见。二审法院对检察院抗诉意见的态度并不一致,有的甚至完全相反。二审支持抗诉的案件中,

[24] 比如,被告人上诉之后还可能撤回上诉,能否认为其认罪认罚非自愿。232 个样本中,72 件案件中被告人撤回上诉后,法院同意其撤回上诉,认为其未反悔,维持了一审裁判。

[25] 参见山东省滨州市中级人民法院(2020)鲁 16 刑终 168 号二审刑事判决书;贵州省黔东南布依族苗族自治州中级人民法院(2020)黔 23 刑终 296 号二审刑事判决书。

典型的判决理由是:以认罪认罚形式获取较轻刑罚,再利用上诉不加刑提出上诉,认罪动机不纯,认罪认罚从宽制度不应继续适用,应对一审判决的量刑结果予以重新评价并依法改判。^[26]进而认为,抗诉意见成立,法院予以支持。但是,也有不予采纳抗诉意见的判决,典型的判决理由是:被告人即便签署了《认罪认罚具结书》,依然依法享有上诉权,不能从上诉推出其不再认罪认罚,^[27]或者虽然抗诉理由正确,但量刑并无不当。^[28]

实践中以抗诉应对量刑上诉,从调查来看主要基于两个原因:其一,为了惩罚被告人。在诉讼中,检察院与被告人之间容易形成对抗状态,一些检察院在得知被告人提出上诉之后,就对应性地提出抗诉,通过抗诉消融上诉不加刑的利益。在认罪认罚从宽案件中,检察院抗诉往往是因为被告人上诉引起了检察院的不满,抗诉的目的是“适当加重被告人刑罚,促使被告人形成尊重认罪认罚具结和承诺的自觉,从而减少无谓的上诉和不必要的二审程序”。^[29]一些案件中被告人撤回上诉后,检察院也撤回了抗诉,^[30]其针对被告人的色彩非常明显。然而,基于对抗性乃至报复性动机提出的抗诉不应当产生有效的法律效果。在一份判决书中法院指出:如果以“抗诉”对抗“上诉”,认罪认罚制度成了公诉机关制裁被告人上诉权的利剑,这有悖认罪认罚制度的立法精神。^[31]显然,以量刑上诉作为抗诉的理由,其不符合抗诉目的的正当性,以抗诉应对量刑上诉可能会掩盖对抗性司法现象。其二,通过抗诉抑制被告人量刑上诉对于维持检察院量刑建议的法律效力,维持检察机关在诉讼中的主导地位具有重要意义,这也是检察院提出抗诉的重要背景,然而这显然不能成为抗诉的理由。

(四) 抗诉理由的独立性

尽管立法上并未明确,学理上也讨论不足,但是基于避免抗诉成为打压上诉的制度的立场,在对被告人不利的抗诉中,可以推得抗诉理由和上诉理由的独立性要求。一方面,不能因为被告人上诉而提出抗诉,上诉本身并不等于认为一审裁判错误。“抗诉权的行使要以一审裁判确有错误为前提,被告人的上诉发生在一审裁判后,上诉本身不能作为评价一审裁判是否有误的标准。”^[32]另一方面,抗诉是对被告人不利的诉求,而被告人上诉是为自己利益而提出,抗诉方和上诉方存在利益冲突,所以抗诉理由不能与上诉理由重合。一般而言,被告人的上诉理由是独立的从轻理由,比如未成年人等从轻的量刑情节未被认定,检察院无法从对被告人有利的上诉理由中找到对被告人不利的抗诉理由,必须另行寻找理由,也就是说抗诉的理由和上诉的理由应该是分开的和相对独立的,否则上诉理由和抗诉理由的同化会进一步加剧非正当性的抗诉。

然而,认罪认罚从宽案件量刑上诉的特殊之处在于,被告人量刑上诉的行为被认为

[26] 参见北京市第三中级人民法院二审(2021)京03刑终246号刑事裁定书。

[27] 参见山西省太原市中级人民法院(2020)晋01刑终187号二审刑事裁定书。

[28] 参见山东省日照市中级人民法院(2020)鲁11刑终3号二审刑事裁定书。

[29] 参见陈国庆:《适用认罪认罚从宽制度的若干问题》,《人民检察》2019年第23期,第11页。

[30] 统计的232个样本中,有19个案件在被告人撤回上诉后,检察院撤回了抗诉。

[31] 参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2021)新01刑终12号二审刑事裁定书。

[32] 参见牟绿叶:《我国刑事上诉制度多元化的建构路径——以认罪认罚案件为切入点》,《法学研究》2020年第2期,第118页。

是不认罚的表现,从而构成抗诉理由,上诉行为和抗诉事由实质相同。从而,在认罪认罚从宽案件中只要被告人量刑上诉,检察院抗诉的理由必然成立。所以,从被告人上诉推出一系列事实进而否定之前裁判的正确性是非常危险的,以此构建抗诉理由需要格外慎重。

(五) 抗诉行为的职责性

在我国,检察机关被定位为法律监督机关,依法行使法律监督权。抗诉是检察机关法律监督职能的体现,检察机关通过抗诉,启动二审程序,监督、纠正一审法院的错误裁判行为。从性质而言,法律监督权是一项积极性权力,法律监督权必须依法积极主动行使,在符合法定条件下,检察机关并没有自由选择权,这也是权力行使统一性的要求。一旦检察机关认为可以“以量刑上诉推出非自愿认罪认罚”,由于非自愿认罪认罚的案件适用了认罪认罚从宽程序是法律适用上的错误,依法必须予以纠正,据此对量刑上诉的案件都必须提出抗诉,否则就会违反了检察机关应当提出抗诉的职责。

实践中,并不是对所有的量刑上诉案件都提出抗诉,如果“以量刑上诉推出非自愿认罪认罚”的推论逻辑成立,则其违反了检察机关提出抗诉行为的职责性和统一性的要求。这表现以下三个方面:其一,最高人民检察院认为对“留所服刑型上诉”提出抗诉要慎重,也就是说对留所服刑型上诉一般不宜提出抗诉。然而,以留所服刑为由的上诉毕竟也是量刑上诉,按照上述推论也应当提出抗诉,对其不抗诉显然说明上述推论不合理。其二,从实践来看,检察院并未采取绝对的抗诉应对上诉制度,只是选择性地对部分量刑上诉案件提出抗诉,真正针对上诉提出抗诉的只是少数案件,检察院也提出了一些内部标准,比如量刑是否在幅度刑的下线,法院在幅度中线或者上线量刑后,被告人上诉的,则不宜抗诉。这些实践现象以及区分标准都不符合抗诉职责性的要求,一旦推论成立则都要提出抗诉。按照上述推论的逻辑可能会导致未抗诉案件法律适用错误。其三,认可该做法不符合我国之前的实践,会引发更多问题。我国之前办理简易程序案件时,被告人在一审中认罪,判决后提出上诉,并且不再认罪,检察院都未将其不再认罪作为抗诉理由。如果可以从其上诉推出之前认罪的非自愿性,则也需要提出抗诉,否则就是违反职责。所以,“以量刑上诉推出非自愿认罪认罚”有违抗诉行为的职责性,这种推论不成立。

三 以抗诉应对量刑上诉对上诉制度的冲击

以抗诉应对量刑上诉,本质上还是以抗诉来压制被告人提出量刑上诉,除了从抗诉理论角度分析其合法性不足之外,还需要从上诉的制度设计角度分析其是否具有正当性。

(一) 有违上诉不加刑制度的价值取向

我国实行上诉不加刑制度,这是在被告人权利保护与实体正义之间权衡后的立法选择。^[33] 上诉不加刑的主要立法理由在于通过保障被告人的上诉权,实现对被告人的权利

[33] 参见张子培:《论上诉不加刑》,《法学评论》1988年第5期,第24页。

救济,同时启动二审,对案件的事实和证据进行复查,通过二审纠正一审错误。可见,上诉不加刑制度设计的初衷在于打消被告人上诉的顾虑,救济被告人权利,实现对一审判决的监督。该制度打消被告人的上诉顾虑表现为:其一,被告人可以无理由上诉,相反检察院抗诉必须指出一审裁判错误之所在,提出法定理由。其二,《刑事诉讼法》第227条第3款特别强调:“对被告人的上诉权,不得以任何借口加以剥夺。”其三,限制了抗诉的法律后果。虽然二审遵循全面审查原则,但是人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉,或者自诉人只对部分被告人的判决提出上诉的,第二审人民法院不得对其他同案被告人加重刑罚。

这些年我国历次修改刑事诉讼法时都重申并完善了该制度。2012年《刑事诉讼法》修改时,要求发回重审也不得加重被告人刑罚,其规定:“对被告人上诉、人民检察院未提出抗诉的案件,第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的,只要人民检察院没有补充起诉新的犯罪事实,原审人民法院不得加重被告人的刑罚。”2014年最高人民法院在《关于上诉发回重审案件重审判决后确需改判的应当通过何种程序进行的答复》中进一步指出,原审人民法院对上诉发回重新审判的案件依法作出维持原判的判决后,人民检察院抗诉的,第二审人民法院也不得改判加重被告人的刑罚。2018年《刑事诉讼法》在建构认罪认罚从宽制度时,并没有改变二审终审制,也没有任何限制上诉不加刑的条款。

在认罪认罚从宽制度的司法实践中,对基于被告人利益的抗诉能否加刑的问题,在余某平案件中出现重大争议。有学者认为,抗诉履行的是法律监督权,现行法律并未规定为了被告人利益的抗诉不得加刑,一旦抗诉即启动二审的全面审查,加刑不违反上诉不加刑原则^[34]。相反,有学者认为,在为被告人利益抗诉的案件中,检察官的抗诉理由有利于被追诉人,此时加重处罚“不利于被告人的预期外裁判禁止理论”,可能会造成突袭裁判。^[35]笔者认为,从上诉不加刑制度的本质而言,只有检察机关提出了不利于被告人的抗诉意见时,才可以突破上诉不加刑对上诉的保护屏障,加刑才有正当性基础,否则仍然会对被告人上诉造成打压,不符合上诉不加刑制度的精神。

(二)有违以上诉保障认罪认罚自愿性的立法意旨

在我国刑事诉讼中,侦查机关、控诉机关相对强势,刑事辩护成功率较低,对被告人权利保障不足,讯问规范度不高,诉讼对抗性不强,值班律师的功能落实不到位,这些问题的存在导致认罪认罚案件隐藏着重大风险,^[36]包括认罪认罚非自愿性的风险和案件实体错误的风险,^[37]如何对其进行有效规制是重要的问题。实际上,上诉制度是防止虚假认罪认罚的重要制度,然而抗诉行为会抑制上诉,导致认罪认罚中的问题被掩盖。

[34] 参见刘计划:《抗诉的效力与上诉不加刑原则的适用——基于余某平交通肇事案二审改判的分析》,《法学》2021年第6期,第185页。

[35] 参见郭烁:《为被告人利益抗诉与上诉不加刑原则之适用——以上诉理由之限制为中心》,《法学研究》2022年第5期,第157页。

[36] 参见李本森:《刑事速裁程序试点研究报告——基于18个试点城市的调查问卷分析》,《法学家》2018年第1期,第169、173页。

[37] 参见史立梅:《认罪认罚从宽程序中的潜在风险及其防范》,《当代法学》2017年第5期,第121页。

充分保障被告人上诉权是保障被告人量刑反悔权的重要体现。与有学者主张认罪认罚具结书是契约不能反悔的观点不同,^[38]更多学者主张,认罪认罚具结书是“犯罪嫌疑人单方面的保证书”,是“单方面的旨在约束犯罪嫌疑人的具结书”,应当允许其单方撤回。^[39]笔者认为,具结书的主要功能不是达成契约,明确控辩双方的权利义务,而是对控方的量刑建议予以固定,具结书中并没有被追诉人不能反悔的内容。因此,其是单方意思表示,应当允许其反悔。为此,我国赋予被告人对量刑反悔的权利,允许被追诉人选择认罪认罚后又反悔撤回,这是保障其自愿性的有效机制之一。^[40]实际上,量刑上诉正是反悔权的一种表现,其对保障被告人认罪认罚的自愿性具有重要意义,法律上应当赋予被告人对一审判决的反悔上诉权,这构成论证上诉权的重要理由,不应当对其上诉权予以限制。因此,以抗诉进行限制显然是不合适的。

充分保障被告人上诉权也是职权性控辩协商的结果。主张以抗诉应对上诉的另一个重要理由是,量刑建议建立在被告人签署的量刑具结书的基础上,而量刑具结书属于控辩之间协商形成的契约,被告人认罪认罚应当遵守其所签署的契约,违反契约的上诉应当予以否定评价。有学者指出,之所以检察机关以抗诉应对认罪认罚案件中被追诉人上诉,是因为上述协商性逻辑的缘故,^[41]然而其忽视了控辩协商过程中的职权性逻辑。在我国认罪认罚程序的进行中,无论是控辩协商的启动还是过程,或是量刑具结书的形成,都体现了职权主导的色彩,特别是被告人参与量刑协商不足,至少在目前的实践中对辩方意见的吸收不够,^[42]量刑建议缺乏辩方的制约,这导致量刑建议未必真的代表辩方的最后选择。反而导致控辩协商严重不足,被告人上诉具有更强的正当性。

在此背景下,我国更应当强调上诉不加刑制度,通过被告人上诉启动二审程序揭露认罪认罚从宽中的问题,而不是限制被告人量刑上诉,这也是否定“限制上诉讼”的主要理由。

(三) 抑制上诉启动二审的功能

在 2016 年推行认罪认罚从宽制度试点后,出现了在速裁程序中实行一审终审制的改革建议。^[43]但是 2018 年修改后的刑事诉讼法并没有改变二审终审制。笔者认为,二审终审制是我国基本的审级制度,其内在逻辑认为,一个案件应当经过两级法院两次审理,才能保障案件的正确性。二审既是对一审审判结果的监督制约,也是给被告人第二次救济的机会。二审终审有实现被告人诉讼救济权、监督一审、维护法律统一实施的重要功能。^[44]从最早的改革设计到当前的实践中,二审程序都是被告人可以获得的重要的权利救济途径。特别是,由于认罪认罚从宽导致当事人放弃了对抗,其出现冤假错案的可能性不可忽视,因此必须通过上诉制度和二审终审制加以防范。因此,上诉权应兼顾上诉程序

[38] 参见秦宗文:《认罪认罚案件被追诉人反悔问题研究》,《内蒙古社会科学(汉文版)》2019 年第 3 期,第 125 页。

[39] 参见魏晓娜:《结构视角下的认罪认罚从宽制度》,《法学家》2019 年第 2 期,第 111 页。

[40] 参见胡云腾主编:《认罪认罚从宽制度的理解与适用》,人民法院出版社 2018 年版,第 47 页。

[41] 参见杜磊:《认罪认罚从宽制度适用中的职权性逻辑和协商性逻辑》,《中国法学》2020 年第 4 期,第 227 页。

[42] 参见陈实:《认罪认罚案件量刑建议的争议问题研究》,《法商研究》2020 年第 4 期,第 166 页。

[43] 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016 年第 2 期,第 48 页。

[44] 参见陈瑞华:《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》,《中国法学》2017 年第 1 期,第 43 页。

启动二审程序、维护法律统一实施、发展法律规则的多元价值和功能。^[45] 所以,作为启动二审的上诉制度不能受到削弱,以抗诉限制被告人量刑上诉的做法不符合我国实行二审终审制的立法目的。

也有从效率角度论证以抗诉应对上诉的理由,认为滥用上诉会启动二审程序,导致司法资源不必要的投入。然而,量刑上诉启动二审程序并不会对效率造成重大损害。因为,二审终审制是我国基本的诉讼制度,二审遵循全面审查原则,以实体正义为主要目标,效率并不是其追求实现的主要价值。在认罪认罚从宽改革过程中,也应当从权利保障的角度,而非效率优先的角度论证改革的合理性。^[46] 上述以效率优先作为抗诉逻辑的出发点就存在问题。同时,在二审终审制的逻辑下,二次审判是基本的成本性支出,并不会因为上诉而导致“不必要”的资源投入。认罪认罚从宽的基础在于被告人放弃对抗,使一审变得更加简单,不能将认罪认罚从宽制度解读为消灭上诉或消灭二审,否则就违反认罪认罚保留二审终审制的立法精神。当事人通过量刑上诉引起二审程序并没有违反认罪认罚制度设计的初衷,也没有违反立法者的制度设计。从2019年12月检察机关办理刑事案件的数据来看,其中适用认罪认罚从宽制度的比例已达83.1%,但认罪认罚案件的上诉率只有3.5%,其中绝大多数系仅以量刑过重而提出上诉,而抗诉率仅为0.3%。^[47] 这表明并不存在通过抗诉抑制量刑上诉以提高诉讼效率的迫切性。简易程序中没有以抗诉应对上诉,也没有出现很高的上诉率。

(四) 打压被告人合法的上诉权

认罪认罚从宽制度改革过程中,针对取消被告人上诉的主张,有学者提出,我国审判程序中,法院把实现司法公正作为最高职责,尤其是要严防冤错案件的发生,所以不宜取消被告人提出上诉的权利,^[48] 否则难以保障认罪认罚的自愿性,也无法审查一审程序的违法行为。^[49] 我国一些法院正是以此为据,驳回了检察院的抗诉。比如,针对抗诉机关的抗诉意见,某法院经合议庭评议后指出,“上诉权是法律赋予刑事被告人的基本权利,也是绝对的权利,不得以任何理由和形式加以限制和剥夺,而应当予以充分保护”,据此最终驳回抗诉、维持原判。^[50] 以抗诉应对量刑上诉,显然会对被告人的上诉造成打压,将对上诉不加刑制度造成冲击,可能会诱发冤假错案。实际上,有些案件的被告人对量刑的反悔是有合法依据的,实践中上诉后二审改判更轻刑罚的案件也有不少,从对裁判文书的统计来看,在232个样本中,准予撤回上诉或者驳回上诉导致维持原判的有142件,占比61%;改判的案件共81件,占比35%,9件案件直接发回重审。二审法院改判的81个案件中,加重量刑的共61件,占比75%,减轻量刑的共20件,占比25%。如果一律抗诉,显然

[45] 参见牟绿叶:《认罪认罚案件的二审程序——从上诉许可制展开的分析》,《中国刑事法杂志》2019年第3期,第107-108页。

[46] 参见左卫民:《认罪认罚何以从宽:误区与正解——反思效率优先的改革主张》,《法学研究》2017年第3期,第163-164页。

[47] 参见陈国庆:《适用认罪认罚从宽制度的若干问题》,《人民检察》2019年第23期,第11页。

[48] 参见陈光中、马康:《认罪认罚从宽制度若干重要问题研讨》,《法学》2016年第8期,第11页。

[49] 参见陈瑞华:《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》,《中国法学》2017年第1期,第43页。

[50] 参见四川省南充市中级人民法院(2020)川13刑终12号二审刑事裁定书。

会打压被告人正常的上诉权。若允许检察机关以上诉反悔为由抗诉,会对被告人造成巨大的心理负担,即便存在法定的上诉理由,也会担心丧失一审认罪认罚的量刑优惠而不敢上诉。^[51] 所以,检察机关以抗诉应对量刑上诉威慑力过大,可能会“殃及池鱼”。根据笔者调研,有些检察院对上诉案件一律抗诉,一些案件已经出现被告人不敢上诉的现象,其中不乏存在正当理由者。可见,这种抗诉会对被告人造成巨大的心理负担,由于担心丧失一审认罪认罚量刑优惠而不敢上诉,进而压制有正当理由的上诉。

四 认罪认罚从宽案件中二审程序的简化

由于量刑上诉导致二审程序启动,进而投入了司法成本,如果是不必要的,可能会造成司法资源浪费,这一问题也需要解决。针对“投机性上诉”“留所服刑型上诉”的现象,学界出现了建立裁量上诉、许可上诉制等观点。这种观点实际上是“上诉废除制”观点的进一步延伸和发展。但是,笔者对限制上诉的观点持否定态度。一方面,需要上诉权保障认罪认罚的真实性和自愿性。正如有学者认为,我国当前以羁押为特点的被追诉人弱势地位从根本上难以保障被告人“认罪”是出于“对抗基础上的合意”而非“职权主义下的屈服”,因此,认罪认罚案件被告人的上诉权不应作任何限制。^[52] 另一方面,反悔权是被告人的重要权利,正如有学者提出,真诚悔罪的要求也决定了,认罪认罚后反悔是被追诉人不容剥夺、不容禁止、没有时限的“自然权利”,对权利型上诉不仅不能增加任何限制,反而应更加重视和充分保障。^[53] 笔者认为,限制上诉权观点的目的,是试图通过限制二审程序的启动达到避免司法资源投入的效果。其实,还有一条路径,就是简化二审程序,这样不仅能够保障被告人权利,还能缩减司法资源的投入,被告人也就失去了滥用上诉权的动力,笔者主张改革的方向应当是简化二审程序而不是剥夺被告人上诉权。

(一) 以简化二审程序应对滥用量刑上诉权

通过简化二审程序可以缩减二审投入的司法资源,其主要理由有以下四点。

第一,二审程序有较大的简化空间。我国二审程序效率较低,诉讼耗时过长。调查表明,适用速裁程序审理的案件中,二审审理平均耗时约 72 天。^[54] 这是因为我国认罪认罚从宽案件的一审程序有很大的简化,但是二审程序几乎没有简化。正如学者指出,现阶段我国速裁二审程序建构过程中应当坚持效率与公正并重的价值取向,公正是底线,效率是追求。“如果说坚持二审终审制是速裁案件制度建构守护公正的底线,那么建立区别于普通二审程序的速裁二审程序则是速裁案件制度建构提升效率的内在要求。”^[55] 实际上,二审程序的案件已经历过一次审理,在程序上显然更有简化空间。简化二审程序是在

[51] 参见牟绿叶:《认罪认罚案件的二审程序——从上诉许可制展开的分析》,《中国刑事法杂志》2019 年第 3 期,第 114 页。

[52] 参见郭烁:《二审上诉问题重述:以认罪认罚案件为例》,《中国法学》2020 年第 3 期,第 259 页。

[53] 参见闫召华:《认罪认罚后“反悔”的保障与规制》,《中国刑事法杂志》2021 年第 4 期,第 143 页。

[54] 参见谢小剑、李尧君:《认罪认罚从宽的二审程序:废除、限制不如简化》,《学术交流》2020 年第 3 期,第 68 页。

[55] 韩仁洁:《刑事速裁案件二审程序研究》,《东方法学》2021 年第 4 期,第 172 页。

二审程序中追求效率的要求。

第二,认罪认罚从宽制度改革应当在司法公正与诉讼效率之间寻求平衡,与其在限制被告人上诉权上追求效率,不如通过简化二审程序来提高诉讼效率。无论是裁量上诉还是许可上诉,其实质上都是通过限制被告人上诉权来限制二审程序的启动,但是会对被告人权利造成重大损害。而简化二审程序则是在保障被告人上诉权的基础上,减少司法资源的投入。实际上,一审程序在保障当事人选择权的基础上予以了较大简化,二审程序也可以采取类似理念,在保障当事人选择权的基础上采取更为简化的审理程序。这样既能保障当事人的上诉权,又能简化审理程序,实现公正与效率之间的平衡。

第三,我国二审程序主要发挥权利救济和纠错功能,认罪认罚从宽案件简化二审程序也能够实现上述功能。目前,被告人上诉中对案件事实认定一般并无争议,主要意见在量刑不合理方面,很多属于单纯的量刑反悔上诉。故建议二审庭审过程可适当简化,仅围绕争议问题进行审查。简化二审程序并不会削弱被告人权利保障,因为如果简化后主要针对被告人提出的诉求进行审查,反而更能满足救济被告人权利的要求。同时,简化二审程序也能够保障案件质量。一方面,仅对量刑上诉意味着被告人对事实和证据的认可,很少出现一审判决事实认定错误,被告人在提出上诉时却对事实不提异议的。另一方面,认罪认罚从宽案件,已经过一审法院审查,出现事实错误的概率较低,并且如果检察院抗诉的,还需要上级检察院的审查支持,同时,通过二审审查也能附带发现事实是否存在问题。所以,对上诉理由和事实的审查已经能够满足上诉救济以及纠错的需要。

第四,从实践来看已经取得了较好的效果。改革的目的是避免上诉导致资源的不当投入,其动因是现行二审程序过于复杂,给被告人可乘之机,检察机关提出抗诉的一个主要理由也是被告人上诉浪费了司法资源,因此只要简化二审程序,就可以有效解决上述问题。实践中,简化二审程序的尝试已经取得较好的效果。一些二审法院以最快的速度处理案件,使得被告人通过上诉获得的利益最小化,从而有效抑制上诉,^[56]其对于抑制“留所服刑型上诉”非常有效。

但是,并非所有的认罪认罚从宽案件都适宜简化二审程序。如果一审判决在量刑建议范围内,被告人对量刑上诉的,应当简化二审程序。对于其他情形,比如被告人以事实不清、证据不足、认罪认罚非自愿性、超出量刑协商范围等提出上诉的,为保障二审程序对权利的充分保障,则不宜简化二审程序。同时,认罪认罚从宽案件可以对接简易程序、速裁程序和普通程序,适用普通程序的案件往往是因为案件存在较为特殊的情形,比如可能判处无期徒刑以上刑罚或者被告人系精神病人等不适宜简化程序的情形,二审程序简化也可能会对权利保障带来较大的损害,因此对于一审未适用简易程序、速裁程序的案件,二审程序中也不适宜简化。

(二) 简化认罪认罚从宽量刑上诉案件二审程序的途径

纵观世界各国二审程序的构造模式,二审程序主要有复审制、续审制以及事后审查制

[56] 参见王洋:《认罪认罚从宽案件上诉问题研究》,《中国政法大学学报》2019年第2期,第117、118页。

三种。我国二审程序表现为“以复审制为主、续审制为辅”。^[57] 表现为三个特征：一是二审终审制，一审判决并不必然生效，只要上诉或抗诉就启动二审程序，二审判决后才发生法律效力，为实现二审功能，采取上诉不加刑原则；二是全面审查原则，即二审法院就一审判决的事实认定和法律适用全面审查，不受上诉或抗诉范围的限制；三是审判方式上以开庭审查为原则。实际上，这些规则形成了我国刑事二审程序的特点，也是刑事二审程序较为复杂的重要原因。

笔者认为，主要可以从以下四个方面对二审程序进行简化。

第一，建立上诉说理制度。限制二审程序的启动确实能够发挥减少二审诉讼成本投入，提高二审效率的功能。目前，我国上诉不需要说理，这为被告人上诉提供便利，有助于打消被告人上诉的顾虑，但是也会导致二审焦点无法集中。在认罪认罚从宽案件中，坚持上诉不加刑制度已经为上诉提供充分的权利保障，在平衡与效率的关系时，需要通过明确上诉理由实现两者之间的平衡。一旦要求提供上诉理由则可以围绕该上诉理由展开审理，提高二审诉讼效率。有学者指出，上诉理由体现主体利益，构成上诉人对上诉审裁判的合理预期，能够确保“复审”和“事后审查”，有利于在上诉审审理方式的有效分流，构成了上诉审法院的审查重点，有助于实现上诉人的合理预期，对上诉不加刑构成限制，我国上诉审构造的完善呼吁上诉理由制度的完整构建。^[58] 可见，上诉说理制度在我国具有建立的必要性和可行性。

这需要改变我国传统上被告人上诉不需要理由的制度，后者建立在职权主义的基础上，在诉讼走向对抗式与合作式类型分化的当下，一旦被告人选择对抗，则应当说明上诉理由。目前，实践中多数案件以量刑过重为由提出上诉，实际上也是提供了上诉理由，该建议具有可行性。由于改革后二审主要围绕检察院、被告人之间争议的焦点展开，因此被告人提出上诉应当提供理由，包括口头的上诉理由，有关部门应当记录。当然，在被告人提出上诉时，可能得不到律师的帮助，此时其上诉理由只需要表明主要主张即可，并不需要详细的说理和论证，否则会对上诉造成过多的限制。

第二，修改全面审查原则。从长远看，我国应当将二审审查限定在控辩双方有争议的问题，并依据刑罚轻重、上诉类型和审级制度等因素分别适用全面审查和部分审查，在多元上诉结构中确定不同的审查范围。^[59] 笔者主张，对于认罪认罚的上诉案件，应紧紧围绕被告人上诉理由和检察院抗诉意见，针对性地进行审查。其一，全面审查原则是二审程序效率不高的重要原因。按照全面审查原则，二审法院仍需审查一审判决中没有异议的内容，不仅消耗司法资源，也难以解决被告人以“空白上诉”来拖延审理周期的问题。^[60] 近年来，已经有不少学者对全面审查原则进行反思，认为全面审查违背了司法审判的被动

[57] 参见陈光中、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5页。

[58] 参见郭烁：《为被告人利益抗诉与上诉不加刑原则之适用——以上诉理由之限制为中心》，《法学研究》2022年第5期，第169-172页。

[59] 参见牟绿叶：《我国刑事上诉制度多元化的建构路径——以认罪认罚案件为切入点》，《法学研究》2020年第2期，第123页。

[60] 参见牟绿叶：《认罪认罚案件的二审程序——从上诉许可制展开的分析》，《中国刑事法杂志》2019年第3期，第106页。

性和中立性原则,^[61]也不符合诉讼效率原则。^[62]其二,全面审查导致对整个案件的重复审查,并非围绕上诉和抗诉请求展开,上诉和抗诉理由得不到充分的重视,控辩双方难以充分表达意见,不利于实现二审程序的权利救济功能,也使二审的裁判过滤活动被异化为重新审理活动。^[63]其三,有学者认为全面审查对应的是全面开庭原则,2012年《刑事诉讼法》修改后不再以全面开庭审理为原则。全面审查也应当对应地修改,采取“有条件的全面审查原则”,二审法院只就上诉或抗诉的部分进行审查。^[64]其四,对认罪认罚的案件而言,全面审查的必要性已经没有那么突出。已有不少学者指出我国二审虚化的问题,不开庭审查成为常见现象。^[65]这里既有法官办案压力的问题,也有法官对不必要重复审查的实践应对,对于认罪认罚的案件而言,由于全面审查必要性的缺失,二审虚化问题必将更加突出。因此,尽管主张二审全面审查者愿望很好,但可能会因为法官们的简单处理而被架空。

实际上,最高人民法院已经通过司法解释部分建立了有限审查原则,2012年12月发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第323条规定:“开庭审理上诉、抗诉案件,可以重点围绕对第一审判决、裁定有争议的问题或者有疑问的部分进行……对没有异议的事实、证据和情节,可以直接确认。”实际上,我国一审程序都会通过庭前会议梳理焦点,没有理由在二审中反而围绕焦点展开。因此,全面审查并不需要在法庭上对所有事实进行调查,可以围绕双方争议焦点展开对抗。同时,应当考虑将认罪认罚案件庭审调整为“以量刑审理为主,以认罪审查为辅”的结构。^[66]

第三,缩短二审的审理时限。可以从三个方面着手:一是对于认罪认罚从宽量刑上诉的案件,可以要求在更短的时间内完成二审程序,即缩短二审审限。二是加强程序衔接,避免案件在衔接过程中的时间浪费。据笔者调查,二审程序之所以过长,在于工作衔接上存在较为严重的拖沓,案卷在不同机关、部门之间的流转时间被不合理拖延,因此在工作机制上也存在较多的简化空间。三是由于上诉的主要对象是法律适用问题,而不是案件事实问题,因此法院内部可形成政策,限制发回重审的条件,二审可以审查后直接改判,不允许发回重审延长审理周期提高二审效率。

第四,规范不开庭审理的范围。尽管二审以开庭审理为原则,但是由于我国二审程序虚化现象严重,2012年刑事诉讼法修改之后转变成“开庭为原则、不开庭为例外”。不开庭审理对于节约二审司法资源非常有效。现行刑事诉讼法规定,检察机关抗诉的案件,都应当开庭审理。笔者认为,如果控辩双方对于事实和证据并无争议,即使检察院对此提出抗诉,也应当规定为可以不开庭审理。相反,如果被告人或者检察院对事实和证据的认定提出了异议,则应当开庭审理。同时,还有一部分案件,被告人提出量刑上诉,检察院并没有

[61] 参见陈卫东、李奋飞:《刑事二审全面审查原则的理性反思》,《中国人民大学学报》2001年第2期,第78页。

[62] 参见张智辉、武小凤:《二审全面审查制度应当废除》,《现代法学》2006年第3期,第171页。

[63] 参见刘根菊、封利强:《论刑事二审程序的审判范围——以程序功能为视角》,《时代法学》2008年第6期,第14-15页。

[64] 参见刘玫、耿振善:《审判方式视角下刑事二审程序的制度功能——兼评新〈刑事诉讼法〉第223条》,《上海大学学报(社会科学版)》2013年第3期,第137页。

[65] 参见王超:《虚置的程序 对刑事二审功能的实践分析》,《中外法学》2007年第2期,第188页。

[66] 参见陈实:《论认罪认罚案件量刑从宽的刑事一体化实现》,《法学家》2021年第5期,第137页。

抗诉,此类案件也可以不开庭审理。《指导意见》第 45 条规定:“被告人不服适用速裁程序作出的第一审判决提出上诉的案件,可以不开庭审理。”问题在于,尽管我国认罪认罚从宽制度适用率较高,但是由于立法给予办案机关在适用速裁程序上的选择权,且速裁程序对时限要求很高,不够便利,导致速裁程序的适用率较低,很多本应当适用速裁程序的案件,转而适用简易程序。因此,应当扩大该条的适用范围,对于被告人不服适用速裁程序和简易程序作出的第一审判决提出上诉的案件,可以不开庭审理。

五 结 语

从以上分析可知,以抗诉应对量刑上诉不符合现行法律规定的抗诉条件。正如有学者指出,抗诉的对象是一审判决,建立在一审判决确有错误的基础上,以抗诉对抗被告人上诉不符合抗诉权行使的法定目的和法定条件。^[67]而且,以抗诉应对量刑上诉实质上是希望抑制上诉,违反了我国基本的审判制度——二审终审制,也违反了我国上诉不加刑的立法精神,二审终审制预设了二次审判,即使被告人上诉启动二审也没有不当地浪费司法资源,以效率为由限制上诉并不具备合理性。特别是,以抗诉应对量刑上诉可能会掩盖认罪认罚从宽中的问题,诱发冤假错案。因此,不能简单地以抗诉应对量刑上诉,除非有证据证明存在被告人之前认罪认罚确实非自愿等导致认罪认罚无效的事由,从而证明认罪认罚从宽确有错误,原一审判决确有错误,否则不应当提出抗诉。

然而,被告人上诉毕竟需要更多地投入司法资源,如果能够建立有效合理的制度,让被告人不再“投机型上诉”或“留所服刑型上诉”,也能有效实现公正与效率的平衡。如果不能以抗诉应对上诉,则需要考虑是否有其他应对方式。实践中,一些检察院将放弃上诉作为认罪认罚案件中“从宽协商”的预设前提或最终的协商条款。笔者认为,此种方式侵害了被告人权利,实质上损害了上诉不加刑原则,不具有合法性。在职权主导的控辩协商的基础上,应当容忍被告人的反悔,进而容忍被告人的上诉。同时,在认罪认罚从宽案件中,应当充分保障被告人的上诉权。裁量上诉、许可上诉等限制上诉的观点,与上诉不加刑原则以及上诉制度的价值存在冲突,应当慎行。

笔者认为,与其采取限制上诉的制度改革,不如简化二审程序,前者采取职权主义理念,导致赋予公权力过大权力裁量限制上诉权,以及违法地以抗诉应对上诉;而后者采取当事人主义理念,聚焦被告人的上诉理由和事实,有利于简化诉讼程序,加快诉讼流程,提高诉讼效率,快速应对上诉,被告人失去上诉带来的不当利益,也就失去滥用上诉权的动力,更为有效。为此,应当从建立上诉说理制度、限制抗诉制度,实行有限审查原则,以及缩短审理期限等角度简化二审程序。

[本文为作者主持的江西财经大学法治江西建设协同创新中心 2021 年招标项目“推进国家治理能力现代化视角下认罪认罚从宽制度研究”的研究成果。]

[67] 参见万毅:《认罪认罚从宽程序解释和适用中的若干问题》,《中国刑事法杂志》2019 年第 3 期,第 102 页。

[**Abstract**] The reform of the system of leniency for admitting guilt and accepting punishment raises the question of how to respond to defendants' abuse of their right to appeal. In many cases, after the defendant pleaded guilty and expressed the willingness to accept punishment, the court sentenced the defendant to a penalty within the scope of the sentencing recommendation made by the procuratorial organ on the basis of the signed recognizance to admit guilt and accept punishment, but the defendant appealed against the sentence, requesting the court of second instance to change the sentence to a lighter one. Many of these appeals were "speculative appeals" or "detention appeals" that abused the sentencing appeal system. To curb the abuse, procuratorial organs have responded to such appeals with protest, which has led to widespread controversy. Prosecutors argue that the appeal against sentencing in such cases violates the litigation agreement, reduces the efficiency of litigation, and proves the involuntary nature of the admission of guilt and acceptance of punishment by the defendant, which led to errors in the first instance verdict. However, the inference of involuntary admission of guilt from a sentencing appeal is inconsistent with the phase characteristics of the system; it cannot be inferred from the appeal that there is some "definite error" in a judgment or order of first instance; the protest does not meet the retrospective character of the object of protest or the requirement of statutory grounds for protest, but can easily lead to retaliatory protest; and by confusing the grounds for protest with the grounds for appeal, it also fails to meet the requirements of independence of the grounds for protest. Moreover, responding to an appeal against sentencing by protest contravenes the value orientation of China's appeal system, suppresses the defendant's legitimate right to appeal, undermines the trial system whereby the judgment of the second instance is final, is not compatible with the characteristics of insufficient negotiation between the prosecution and the defense in cases of leniency for admitting guilt and accepting punishment in China, and covers up the problems in the system of leniency for admitting guilt and accepting punishment. Therefore, unless there is more evidence to show that the defendant pleaded guilty and accepted punishment involuntarily, thus proving that the first-instance verdict is indeed erroneous, a protest should not be filed against the verdict. As for the question of how to effectively respond to the defendant's abuse of the right to appeal, rather than carrying out a reform that restricts appeals, it is better to simplify second-instance trial procedures by focusing on the defendant's reasons and facts for appeal, speeding up the litigation process, and improving litigation efficiency, so as to respond to appeals more quickly. China should, on the basis of guaranteeing the right to appeal, simplify the second-instance trial procedure by such means as establishing an appeal reasoning system, limiting the second-instance trial only to the review of the defendant's reasons for the appeal and the prosecutor's protest opinions, and shortening the time period of the second-instance trial, so as to prevent the waste of litigation resources brought about by the abuse of the right to sentencing appeal.
