

刑事程序禁止不利益变更原则 及其中国化

牟绿叶*

摘要 2019年余金平交通肇事案引发了我国对禁止不利益变更原则的关注和探讨,2021年《最高法解释》第401条相应确立了“实质不利”的判断标准。在刑法修订和犯罪法律后果多元化的背景下,上诉不加刑原则愈发难以回应立法、实务和改革的需求。我国应引入内涵丰富、涵盖面广、体系完整的禁止不利益变更原则,仅为被告人利益的上诉或抗诉,法院不得作出不利于被告人的变更。该原则之确立有助于厘清理论误区,保障被告人权利,推动实体法和程序法的联袂互动和交错适用,并建构一套逻辑融贯、明晰合理的教义学。一般客观标准和具体客观标准相结合的“原则和例外”模式既能为“不利益”的判断提供规范准据,还能解决特殊个案中的争议并促进法律的续造。禁止不利益变更原则是整个上诉制度的一部分,应从上诉理由审核制、一部上诉、有限量刑审查等方面综合研讨,继续推动我国刑事上诉制度的多元化改革。

关键词 禁止不利益变更 上诉不加刑 刑法修正案 保安处分 一部上诉

一、为什么研究禁止不利益变更原则

我国1979年《刑事诉讼法》确立了上诉不加刑原则,“第二审人民法院审判被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件,不得加重被告人的刑罚”。四十余年来,该原则的

* 浙江大学光华法学院副教授。本文系2020年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“刑事二审程序的多元发展和完善路径研究”(项目编号:20YJC820035)和2022年度浙江省哲学社会科学规划之江青年理论与调研专项课题“刑事追诉中的公共利益:以法与政治的关系为视角”(项目编号:22ZJQN03YB)的阶段性研究成果。

适用范围和判断标准仍有解释和适用的模糊地带,2019年余金平案引发了学界对此的争议和探讨。被告人余金平涉嫌交通肇事罪,检察机关在其自愿认罪认罚的基础上,提出判处有期徒刑三年、缓刑四年(判三缓四)的量刑建议。一审法院认定被告人属于交通肇事后逃逸,主观恶性较大,因而不采纳量刑建议,判处有期徒刑二年。检察机关遂以原判量刑错误为由抗诉,被告方同时上诉。二审法院不但未采纳抗诉意见,还否定了一审判决对自首的认定,最终改判有期徒刑三年六个月。^{〔1〕}

《刑事诉讼法》第237条规定,检察机关抗诉的,不受上诉不加刑原则的限制。本案特殊情形在于,检察机关是为被告人利益而抗诉。就此存在针锋相对的观点:一方认为二审法院加重刑罚于法有据;另一方认为法院利用规范缺口加重处罚,有悖法理。余金平案两年之后,2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(简称《最高法解释》^{〔2〕})第401条将“不得加重被告人的刑罚”改为“不得对被告人的刑罚作出实质不利的改判”。这体现出禁止不利益变更原则的要求,但“实质不利”的判断标准有待进一步厘清。

禁止不利益变更原则要求仅为被告人的利益上诉或抗诉,上诉法院不得作出不利于被告人的变更。和上诉不加刑一样,该原则的适用关键在于“刑”或“不利益”的比较和判断。2012年《刑事诉讼法》修订后,立法机关的释义指出,“不得加重被告人的刑罚”中的“刑罚”是指刑法中的主刑和附加刑。^{〔3〕}缓刑作为一种刑罚执行方式,不包括在内。据此,有观点在评论余金平案时指出,缓刑是刑罚执行方式,它依附于三年以下有期徒刑,其本身不具有独立性,不能作为实体上判断刑罚轻重的标准。然而,2012年《最高法解释》第325条已将缓刑、禁止令、死缓限制减刑等情形纳入上诉不加刑的规制范围,而这些不属于主刑或附加刑。因此,为了跳出对“刑”的狭义理解,消除立法释义和司法解释之间的矛盾,有必要引入禁止不利益变更原则并对“不利益”的判断设定适当的标准。

“不利益”的判断应考虑到近年来刑法修订和犯罪法律后果多元化的趋势。随着社会的不断进步,犯罪的法律后果由单一化向多元化发展,刑事制裁不再等同于刑罚。^{〔4〕}例如,《刑法修正案(八)》新增的禁止令本身不是一项刑罚制度,而是类似于一种保安处分的措施。^{〔5〕}《刑法修正案(九)》新增的职业禁止与之类似。在刑法修订过程中,我国现行刑法中存在诸多保安处分规范,和刑罚一并构成了“隐性双轨制”,未来立法可能将之调整为“显性双轨制”,并将其他限制使用对象权益的法律措施一并规定在刑法中。^{〔6〕}又如,2012年《刑事诉讼法》新增依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序,实现了和《刑法》第18条关于精神病人刑事责任能力规定的对接,若二审法院发现被告人符合强制医疗条件并依法决定强制医疗的,是否

〔1〕 参见余金平交通肇事案,北京市第一中级人民法院刑事判决书,(2019)京01刑终628号。

〔2〕 全文涉及2012年《最高法解释》第325条和2021年《最高法解释》第401条等条款的对比,如无特别指明年份,文中《最高法解释》都指2021年版本。

〔3〕 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第263页。

〔4〕 参见张明楷:《刑法学》(第六版上册),法律出版社2021年版,第816页。

〔5〕 陈兴良:“刑事政策发展路径的再思考”,《华东政法大学学报》2013年第4期,第11页。

〔6〕 参见时延安:“隐性双轨制:刑法中保安处分的教义学阐释”,《法学研究》2013年第3期,第156页。

构成“不利益”的改判？可见，在“显性双轨制”和犯罪法律后果多元化的发展趋势下，程序法应跟进实体法的步伐，为二审法院判断禁止令、职业禁止、强制医疗等具有保安处分性质的措施是否构成“不利益”变更提供依据。

禁止不利益变更原则关注一审法院量刑裁判和二审法院上诉审查之间的关系，在余金平案等被告人认罪认罚的案件中，控辩双方经常仅提起量刑上诉或抗诉，二审法院对量刑问题的审查和处理为禁止不利益变更原则的运用提供了观察和分析的样本。为拓展对上诉不加刑原则的狭义理解，本文着眼于当前问题、实务经验以及刑法和刑事诉讼法的发展趋势，首先分析上诉不加刑在理论和实务中的问题，其次论证确立禁止不利益变更原则的必要性，再次明晰“不利益”的判断标准，最后以研究该原则为契机，探索刑法和刑事诉讼法的交错互动以及刑事上诉制度的体系性完善。

二、上诉不加刑原则在理论研究和司法实务中的问题

（一）上诉不加刑原则的理论误读

我国1979年确立上诉不加刑原则时指出，它可以使被告人消除思想顾虑，大胆申述上诉理由，防止他们害怕上诉后被加刑而不敢行使上诉的权利。^{〔7〕}基于一般理性人的立场，若行使上诉权会使自己陷入更不利的地位，则会在决定上诉时犹豫不决，限制加刑有助于降低被告人疑虑，保障其决定行使上诉权的意志自由。德国和日本确立的禁止不利益变更原则亦采“人性心理说”，认为该原则之目的在于防止被告人因害怕遭受不利益变更而放弃行使上诉权。^{〔8〕}在美国，按照当事人进行主义的精神和交叉上诉规则(cross appeal rule)，只有被告方上诉，法院不得加刑。控方若想经上诉获得有利于己的结果，必须提出交叉上诉。对于未上诉的一方，上诉法院不得作出有利于其的更改。^{〔9〕}法国遵循“上诉仅利于提出上诉的人”的原则，被判刑之被告人上诉后，检察院提出附带上诉可以阻却上诉不加刑的效力。^{〔10〕}要言之，保障被告人的上诉意志自由是禁止上诉加刑的重要理论依据，在此基础上，域外的理论和制度略有不同，反映出它们各自的法律传统、诉讼模式和学术风格。

有观点将“正当程序论”或“控审分离论”作为禁止上诉加刑的理论依据，影响颇大，有必要加以分析和澄清。我国学者将正当程序作为上诉不加刑的一个重要理论依据，^{〔11〕}也有观点

〔7〕 参见徐益初：“论上诉不加刑原则”，《法学研究》1985年第4期，第42页。

〔8〕 参见(德)克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第497页；(日)松尾浩也：《日本刑事诉讼法》(下卷)，张凌译，中国人民大学出版社2005年版，第256页。

〔9〕 See Robert L. Stern, “When to Cross-Appeal or Cross-Petition: Certainty or Confusion”, *Harvard Law Review*, Vol. 87, No. 4, 1974, pp. 763-764.

〔10〕 参见(法)贝尔纳·布洛克：《法国刑事诉讼法》，罗结珍译，中国政法大学出版社2009年版，第535-536页。

〔11〕 参见陈林林：“论上诉不加刑”，《法学研究》1998年第4期，第80-81页；王兆鹏、蔡羽玄：《上诉及救济程序》，元照出版有限公司2013年版，第146-148页。

在评论余金平案时指出,检察机关作出支持被告人的抗诉,二审法院加重刑罚,损害程序正当性。^[12]然而,禁止上诉加刑是否是正当法律程序的必然要求,不无疑义。

第一,上诉制度不一定具有宪法地位。在我国和绝大多数域外立法例中,上诉权和审级制度不是一项宪法要求。“诉讼上的受益权,不能无限上纲要求国家永无止境的积极给付。”^[13]连上诉制度都未必是宪法和正当程序的必然要求,更遑论作为上诉制度一部分的上诉不加刑或禁止不利益变更原则。第二,恪守正当程序的域外立法例未必禁止上诉加刑。英国治安法院一审宣判轻罪案件后,被告人有权就定罪或量刑问题向刑事法院(Crown Court)提起权利型上诉,不受任何限制,但刑事法院不受禁止不利益变更之拘束,改判时可以加重刑罚。^[14]欧洲人权法院也表明,禁止不利益变更不属于《欧洲人权公约》的保障范围。^[15]在保障上诉权的前提下,缔约国有权根据各自传统、国情和政策建构各自的上诉制度,^[16]即可以自行决定是否允许上诉加刑。第三,“正当程序论”之致命伤在于学者对美国判例的扩张解读。该观点依据的是皮尔斯案确立的禁止恶意量刑规则(rule against vindictive sentencing)。^[17]本案禁止恶意加刑,即法院不能仅因被告人上诉这一事实,而在重审时加重刑罚。但本案不是一律禁止加刑,若有可以确证的客观信息,指明被告人在原审量刑后有新的行为,法院就有理由推翻“恶意”推定,从而在重审后加刑。^[18]而且,皮尔斯案涉及的是发回重审后的量刑问题,其准确表达是,发回重审后不能恶意加刑,而不是仅有被告方上诉,法院能否加刑的问题。

与禁止上诉加刑更接近的是格林劳案。联邦地区法院针对被告人的一项指控A判处10年监禁,而依据制定法指控A至少应判处25年以上监禁。检察官在初审中提出反对,但并未就判决上诉。被告人提起量刑上诉,上诉法院认为初审判决存在“明显错误”,将指控A的量刑增至15年。金斯伯格大法官代表最高法院撰写判决指出,民事和刑事诉讼都遵循当事人进行主义,由两造确定争议焦点,法院之职责在于居中裁断。如果控方没有单独上诉或提出交叉上诉,上诉法院不能依职权加重刑罚,否则将会削弱国会对检察机关的信任和授权。^[19]可见,格林劳案的判决依据不是正当法律程序,而是交叉上诉规则和权力分立原则。至此,所谓的禁止上诉加刑是正当法律程序的要求,需谨慎对待。

另有“控审分离论”指出,上诉不加刑原则是制约上诉审判活动的必然要求,^[20]亦有余金平案的分析指出,现代刑事诉讼以控审分离为基础,控诉方支持被告人,要求从轻处罚,而法院

[12] 龙宗智:“余金平交通肇事案法理重述”,《中国法律评论》2020年第3期,第94页。

[13] 陈运财:“不对称上诉制度之初探”,《检察新论》2011年第9期,第70页。

[14] Paul Taylor, *Taylor on Criminal Appeals* (Second Edition), Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 30.

[15] Stefan Trechsel and Sarah J. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 362.

[16] See William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 1136.

[17] *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969), pp. 724—725.

[18] *Ibid.*, p. 726.

[19] See *Greenlaw v. United States*, 554 U.S. 237 (2008), pp. 244—246.

[20] 顾永忠:《刑事上诉程序研究》,中国人民公安大学出版社2003年版,第85页。

从重判处,势必形成法院既为裁判机关,又为控诉者的“自诉自审”现象。^[21] 本文认为,控审分离不是禁止上诉加刑的理论依据。控审分离原则要求法院审判的对象以检察官起诉的被告人及犯罪事实为限,判定罪名和裁量刑罚皆属法律评价的范畴,不受起诉的限制。德国起诉书中对行为的法律适用对法院没有约束力,^[22] 日本法院有能力和职责就认定的事实来正确适用法律。^[23] 我国《最高法解释》第 295 条规定,起诉指控的事实清楚,证据确实、充分,但指控的罪名不当的,法院应依据法律和审理认定的事实作出有罪判决。质言之,我国刑事审判中的审判对象是“公诉事实”,控方对指控事实之法律评价并无制约审判之效力。^[24]

在余金平案的一审中,检、法对量刑的法律评价存在争议,检察机关建议判处缓刑,法院经审理后改判有期徒刑,此时,没人会指责一审法院违反控审分离原则。然而,二审法院听取控辩双方的意见后,依职权对量刑作出独立的法律评价,为何又违反控审分离原则? 倘仅有被告方上诉,没有“控诉”,又何来控审分离之说? 而且,若二审法院变更了犯罪行为法律评价并降低原判刑罚,是否违反控审分离原则? 显然不是。要言之,在“公诉事实”同一性的前提下,法院依职权改变对事实的法律评价,不违反控审分离原则。因此,“控审分离论”不是禁止上诉加刑的理论依据,余金平案中二审法院“自诉自审”的问题有更合适的理论和制度加以解释和规制,即“一部上诉”,下文第五部分予以详述。

作为“控审分离论”的一个分支,亦有“控辩平衡论”指出,控辩双方处于天然的不平等状况,上诉不加刑可以保障被告人行使上诉权,强化其诉讼地位并推进控辩平衡。应当说,鉴于检察机关的资讯优势地位,程序的整体设计应贯彻控辩平衡原则,但就上诉制度而言,必须谨慎对待“控辩平衡说”。英美受到禁止双重危险原则的限制,赋予控辩双方的是不对称的上诉权。^[25] 被告方一般有权就定罪或量刑问题上诉,而检控方上诉受到更多限制,尤其是对无罪判决。^[26] 不对称的上诉权体现出一种价值判断,即“错误定罪比错放罪犯更严重,上诉救济错误定罪的必要性更加突出”。^[27] 可见,纵使强调平等武装和控辩平衡,英美上诉制度明显倾向于被告方,这是立法特意为之的“不平衡”。在此格局下,英国刑事法院可以加重原判刑罚,美国法院也可依据新的客观信息加刑,并非一律禁止上诉加刑。

欧陆诸国和我国确立的是对称的上诉权,控辩双方都有权就定罪或量刑问题上诉或抗诉,同时贯彻禁止不利益变更(或上诉不加刑)原则。表面对称的上诉结构可细分为三种情形:一是,被告人为自己的利益或检察官为被告人的利益上诉或抗诉;二是,检察官为被告人的不利

[21] 龙宗智,见前注[12],第 94 页。

[22] (德)托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲等译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 130 页。

[23] 参见(日)松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(上卷),张凌译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 335 页。

[24] 孙远:“‘分工负责、互相配合、互相制约’原则之教义学原理:以审判主义中心为视角”,《中外法学》2017 年第 1 期,第 194 页。

[25] See Kate Stith, “Risk of Legal Error in Criminal Cases: Some Consequences of the Asymmetry in the Right to Appeal”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 57, No. 1, 1990, pp. 3-5.

[26] Rosemary Pattenden, “Prosecution Appeals Against Judges’ Rulings”, *Criminal Law Review*, No. 12, 2000, p. 972.

[27] Liz Campbell, Andrew Ashworth and Mike Redmayne, *The Criminal Process* (Fifth Edition), Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 415.

益抗诉;三是,被告人为自己利益上诉,检察官同时为被告人的不利益抗诉。整体观之,只有第一种情形禁止对被告人上诉加刑,但此时没有检察官“控诉”,何以称为“控辩平衡”?第二、三种情形中,只要检察官抗诉,即阻却禁止上诉加刑的效力,体现出立法对检察官及其代表的公共利益的优先考量。因此,无论是不对称或对称的上诉权,“控辩平衡论”都难以为禁止上诉加刑提供令人信服的解释。

(二) 上诉不加刑原则在司法实务中的问题

自1979年以降,我国历次修订司法解释都对上诉不加刑原则予以调整和补充,但在实务中仍面临若干问题。

第一,规范建构仍有缺口,检察机关为被告人利益抗诉,被告人反而会被加重刑罚。作为法律监督机关,检察机关认为一审判决确有错误时,应依法抗诉,司法实务中一直存在检察机关为被告人利益而抗诉的情形,特别是因一审判决量刑过重而抗诉。^[28]余金平案与此类似,检察机关的抗诉意见指出,一审法院不采纳量刑建议的理由不成立,被告人符合缓刑适用条件,不应被判处有期徒刑二年。本质上,检察机关在为被告人利益抗诉,“抗诉和上诉,具有同质性。”^[29]但二审法院不仅未采纳抗诉意见,反而加重原判刑罚至有期徒刑三年六个月。上诉不加刑旨在保障被告人依法有效行使上诉权,若为被告人的利益而上诉或抗诉,反而致使其处于更不利的地位,有违该原则之规范目的。

第二,上诉不加刑原则容易被发回重审或审判监督程序架空。在过去的司法实践中,原判刑罚畸轻而检察机关未抗诉时,二审法院经常以事实不清、证据不足发回重审,原审法院得以经重审后加刑。2012年《最高法解释》第325条对此予以禁止,但若有新的犯罪事实且检察机关补充起诉的,不受此限制。这在一定程度上强化了上诉不加刑的保障效果,但部分检察机关在一审中策略性放弃出示相关证据,待发回重审后将之作为新证据指控“新的犯罪事实”。不对“新证据”加以限定,就难以防止检察机关规避第325条的禁止性规定。此外,审判监督程序对上诉不加刑的冲击更大。传统上,司法实务人员将上诉不加刑理解为“仅是禁止第二审人民法院直接加重上诉人的刑罚”,而不禁止通过再审程序纠正错误。^[30]《最高法解释》第401条之(七)^[31]延续先前规定,原判刑罚畸轻,必须依法改判的,应在二审判决、裁定生效后,依审判监督程序重新审判。然而,再审加刑“与直接加刑或发回重审变相加刑,除了增加司法资源的大量、重复消耗外,又有什么区别?”^[32]这同样会造成被告人的恐惧心理,使之不敢上诉。^[33]而且,我国再审程序具有启动主体多元性和权力偏向性的特点,既判力规则对被告人保护效力较低,轻易启动的再审程序会消解上诉不加刑对被告人权利的保障。

第三,上诉不加刑之“刑”的内涵过于狭隘,不能回应立法和实务的最新发展,也不能在教

[28] 参见余东明、曹庆娟:“检方抗诉并非‘只抗轻不抗重’”,载《法制日报》2008年4月29日,第5版。

[29] 龙宗智,见前注[12],第92页。

[30] 参见熊选国主编:《刑事诉讼法司法解释释疑》,中国法制出版社2002年版,第192—193页。

[31] “第401条之(七)”是“第401条第1款第(七)项”的简化表述。为行文简便,全文涉及第2021年《最高法解释》第401条第1款和2012年《最高法解释》第325条第1款所列七种情形时,皆用简化表述。

[32] 顾永忠,见前注[20],第92页。

[33] 陈光中主编:《中国刑事二审程序改革之研究》,北京大学出版社2011年版,第15页。

义学层面提供体系性的规范准据。余金平案凸显的争议是如何解释“刑”之内涵,2012年《最高法解释》第325条之(四)已将缓刑及其考验期纳入上诉不加刑的规制范围,将“刑”限定主刑和附加刑显然滞后于立法和实务的发展。更重要的是,上诉不加刑原则愈发难以为法律的解释和适用提供一套合乎合理性、体系性的教义学。《最高法解释》第401条不仅确立了“实质不利”的判断标准,第401条之(二)和(三)还新增规定,二审法院在改变罪名或罪数后,既不得加重刑罚,也不得“对刑罚执行产生不利影响”,这再次突破了“刑”之狭义解释。同时,《最高法解释》第402、403、428、469等条文中仍保留了“不得加重刑罚”“不得改判为重于原审第一次判处的刑罚”的规定,司法解释的措辞仍不统一。此外,实务中对二审能否对受贿罪改判并适用罚金刑、能否加大没收违法所得的范围等问题存有争议,不一而足。^[34]究其原因,上诉不加刑原则的内涵过窄,难以统摄以上所有情形,并为法律解释、个案裁判和规范建构提供逻辑融贯、体系清晰的教义学阐释。

第四,上诉不加刑原则的理论辐射度有限,容易限缩立法、实务和改革的视域,割裂了该原则与整个刑事程序的联系。一方面,“实质不利”的标准只是局部调整,并未带动二审其他相关制度的变化。《最高法解释》第402条体现出一部上诉的原理,即同案被告人在上诉程序中具有可分性,二审法院不得对未被抗诉的同案其他被告人作出实质不利的改判。然而,在二审全面审查原则下,法院仍应依职权对一审判决无争议的部分重复审理,若发现其他同案被告人量刑畸轻的,可以通过审判监督程序予以改判,从而规避一部上诉和上诉不加刑的保障效果。另一方面,有观点将上诉不加刑与认罪认罚从宽制度相结合,认为二审期间被告人不再认罪认罚,继续适用缓刑可能危害社会的,必要时只能通过再审程序予以改判。^[35]此外,鉴于有些认罪认罚的被告人利用上诉不加刑的保护提出技术性上诉,部分检、法人员表示可以通过突破上诉不加刑的方式加以遏制。^[36]这些观点割裂了一审和二审之间的“审级联动”,为防止被告人利用上诉不加刑来架空认罪认罚从宽制度的实施效果,有其他制度可资参考,无需囿于是否允许上诉加刑的讨论。

三、禁止不利益变更原则的性质及其确立之必要性

(一)禁止不利益变更原则的性质

分析该原则的性质,要从上诉制度的目的说起。上诉制度具有个案救济和通案救济的双重面向,而个人利益和公共利益之间难免存在紧张关系,是否允许不利益变更,恰体现了两者之间的角力。一方面,国家保障被告人的上诉意志自由,防止因行使权利而落入不利益之“陷阱”;另一方面,权利保障是有限度的,仅为被告人利益上诉,才优先考虑个人利益,检察机关代

[34] 参见吴寿涛:“二审对受贿罪改判并适用罚金刑是否违背上诉不加刑原则”,载《人民法院报》2016年8月10日,第6版;刘晓虎:“违法所得的没收、返还、责令退赔是否受上诉不加刑的限制”,载《人民法院报》2018年2月28日,第6版。

[35] 李少平主编:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第437页。

[36] 参见周新:“论认罪认罚案件救济程序的改造模式”,《法学评论》2019年第6期,第190页。

表公共利益提出的上诉或抗诉,具有阻却禁止不利益变更之效力。因此,上诉制度所蕴含的个人利益和公共利益处于动态平衡之中,它们之间角力的结果并非一定导向任何一方。

禁止不利益变更原则是立法者权衡个人利益和公共利益的政策产物,在仅为被告人利益上诉或抗诉时,立法者向个人利益作出政策性倾斜。德国通说认为,该原则是对被告人的福祉性、政策性措施,不是践行法治程序的必然结果。^[37]我国台湾地区学者指出,该原则最主要是基于政策上之考量,避免被告畏惧上诉而妨害上诉权之行使。^[38]此外,英美的制度变迁更能体现出该原则的政策属性。英国1907年创建刑事上诉法院时,允许对重罪案件的上诉加刑,将之视为“确保量刑统一,控制没有价值的上诉”的必要措施。^[39]而在1966年颁布新法案时,英国基于政策考量不再赋予上诉法院刑事法庭^[40]上诉加刑的权力。美国皮尔斯案将“禁止恶意量刑”作为一种刑事政策,被告人不因行使上诉权而遭受不利益变更,否则会影响他们决定是否行使权利的意愿。^[41]要言之,禁止不利益变更原则反映出立法者在保障权利和实体正义之间的权衡和取舍,其本质是立法者经事先权衡所作的政策选择,表现为“立法权加诸于司法审判权之限制”,^[42]即限制上诉法院的量刑权限。

我们还应将该原则嵌入整个刑事程序加以分析。禁止不利益变更是刑事诉讼中的有利被告原则在上诉阶段的延伸,^[43]但在何种情形、何种范围、何种程度有利被告,需结合各国上诉制度加以具体分析。欧陆国家将上诉作为中央集权和科层管理的工具,赋予被告人完整的上诉权,禁止不利益变更原则有助于保障上诉意愿、落实上诉法院的有效监督。英美注重第一审程序的中心地位,旨在通过公正的一审程序达到查明真相、保障权利的目标,因而不鼓励上诉,在部分案件中甚至以不利益变更施加震慑。要言之,欧陆和英美诸国的历史传统、实践经验和现实国情不同,对公正审判的内涵有着本土化的理解,进而在不同程度上确立了禁止不利益变更原则。

(二)确立禁止不利益变更原则的必要性

随着犯罪法律后果日益多元化,刑罚及其执行方式正在经历结构性调整,诉讼程序亦逐步形成多元格局,上诉不加刑愈发难以回应立法和实务中的新规定、新案件和新问题,因而有必要引入内涵丰富、涵盖面广、体系完整的禁止不利益变更原则。必要性体现在四个方面。

第一,厘清理论误读,为保障权利和规范建构提供理论支撑。在余金平案的评论中,有观点将禁止双重危险作为不可加重处罚之依据,先前还有研究指出,“禁止不利于被告的变更是

[37] 参见薛智仁:“刑事程序之不利益变更禁止原则”,《月旦法学杂志》2012年第10期,第109页。

[38] 林俊益:《程序正义与诉讼经济》,元照出版公司1997年版,第263页。

[39] Rosemary Pattenden, *English Criminal Appeals 1844—1994: Appeals Against Conviction and Sentence in England and Wales*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 295.

[40] 英国1966年将1907年设立的刑事上诉法院并入上诉法院(Court of Appeal),改称上诉法院刑事法庭(Criminal Division of the Court of Appeal),本文涉及英国部分都简称其为“上诉法院”。

[41] Pearce, *supra* note 17, pp. 724—725.

[42] 王兆鹏等,见前注[11],第154页。

[43] 参见熊秋红:“禁止双重危险原则之建构”,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第三卷),中国人民公安大学出版社2006年版,第56页。

原则,既判力阻却是例外”。〔44〕禁止双重危险体现了既判力理论,但它与禁止不利益变更有本质区别。其一,效力位阶。禁止双重危险一般是宪法要求,如美国宪法第五修正案规定,任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受生命或身体的危害,德国《基本法》第103条规定,任何人不得因同一行为而受到普通刑法重复处罚。但禁止不利益变更只是一国在上诉制度中政策选择的产物,不具有宪法位阶,有些国家甚至允许上诉加刑。其二,适用对象。禁止双重危险的封锁作用于所有人,其要求包括两个方面:无罪判决后,任何人不得就同一行为再受追诉;有罪判决后,任何人都不得就同一行为再受审判或判刑。〔45〕禁止不利益变更的作用对象仅是被告人,适用于仅为被告人利益上诉的情形。其三,法效果。禁止双重危险之效果是限制国家的追诉权,而禁止不利益变更约束的是上诉法院的量刑权,美国皮尔斯案指出,“禁止双重危险不能推导出禁止再次定罪后加重刑罚”。〔46〕其四,效力之阻却。既判力之阻却主要是再审程序,包括“有利被告”或“不利被告”的再审。阻却既判力之效力并启动再审程序后,若遵循禁止不利益变更原则,法效果肯定是“有利被告”。

以上四点差异表明:既判力本身即是原则,既判力阻却是例外。既判力和禁止不利益变更不是原则和例外的关系,而是两个层面的问题,它们之间的交错适用主要有三种情形:一是,一审判决后两造都未上诉,判决生效且产生既判力,不涉及不利益变更的问题。二是,一审判决后,仅为被告人利益上诉或抗诉,原判决不产生既判力,上诉法院的刑罚裁量受禁止不利益变更的拘束。三是,在二审终审制下,上诉判决立即生效并产生既判力,若启动再审程序,既判力之效力受阻,法院在再审程序中需判断能否作出不利益的变更。质言之,既判力和禁止不利益变更是在不同的诉讼程序或阶段发挥各自不同的法效果。未来,我国确立禁止不利益变更原则之际要强化既判力的效力,防止轻易启动的再审程序抵消禁止不利益变更原则之权利保障功能。

第二,禁止不利益变更原则可以更加周延地保障被告人权利。该原则要求对上诉、抗诉作实质判断,检察机关为被告人利益而抗诉,上诉法院亦不得作出不利于被告人的变更。我国比较权威的解释曾指出,检察机关认为第一审判决确有错误,处刑过重而提出抗诉的,二审也不应加重刑罚。〔47〕尽管这一释义尔后被删除,但仍具有参考意义。有观点基于检察监督理论,认为余金平案的检察机关抗诉虽客观上有利于被告人,但二审法院有权加重刑罚。〔48〕然而,检察机关不仅是宪法和法律的守护者,还是公民基本权利的守护者,特别是在现有司法机制缺位的情况下,法律监督之权利保障功能是必要和迫切的。〔49〕质言之,法律解释在填补规范空

〔44〕 施鹏鹏:“刑事既判力理论及其中国化”,《法学研究》2014年第1期,第165页。

〔45〕 Joshua Dressler and Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure: Adjudication (Fourth Edition)*, Durham: Carolina Academic Press, 2006, p. 307.

〔46〕 Pearce, *supra* note 17, p. 723.

〔47〕 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室,见前注〔3〕,第264页。

〔48〕 参见刘计划:“抗诉的效力与上诉不加刑原则的适用——基于余金平交通肇事案二审改判的分析”,《法学》2021年第6期,第179—180页。

〔49〕 参见魏晓娜:“依法治国语境下检察机关的性质与职权”,《中国法学》2018年第1期,第292—293页。

白时涉及的主要是价值导向的思考方式,^[50]检察机关决定是否抗诉时,不仅要关注个案裁判是否有误、程序是否公正,更要作为公民基本权利的守护者,提出有利于被告人的抗诉。以此价值导向为基准,实质上有利于被告人的抗诉亦应具有拘束上诉法院的效力。

个案中检察官的行为,难以辨别“纯”为公益或私益。在余金平案中,检察机关的第三、第四项抗诉理由指出,一审法院曾判处类似案件的被告人缓刑,本案判处实刑属同案不同判,宣告缓刑更符合诉讼经济原则,也能取得更好的社会效果,这两点主要着眼于上诉之公共利益。第一点抗诉理由是余金平符合适用缓刑的条件,体现出为被告人利益的考量。惟第二点理由,“一审法院不采纳量刑建议无法定理由”,既体现出确保“一般应当”条款准确实施的诉求,也兼顾被告人的利益,难以辨明为公为私。对被告人而言,检察机关是否抗诉及其抗诉动机,无法预测;在没有律师帮助的情况下,难以知晓本案法律适用有无错误。此时,我们应进一步贯彻有利被告人原则,为被告人利益的上诉或抗诉,皆受禁止不利益变更原则的拘束。

第三,禁止不利益变更原则的适用范围更广,有助于整合现行法律和司法解释,回应刑法扩张的趋势。“实质不利”的标准已经鲜明体现出禁止不利益变更原则的要求,此外,《最高法解释》第402、403、428、469条有关针对部分被告人抗诉、发回重审、死缓复核、再审的条文中亦有类似“不得加重刑罚”的规定。禁止不利益变更原则可以统摄第一审程序之后的所有情形,以上条文可统一为“不得作出不利于被告人的变更”,从而精简法律本文,实现法秩序内部的一致性。在实体法层面,我国犯罪范围的扩张将是一个持续的立法过程。^[51] 犯罪门槛的下降,刑罚结构、体系和种类均应相应调整,刑罚的轻刑化、多元化趋势越发明显。《刑事诉讼法》第71和77条规定,可以要求被追诉人将护照等出入境证件、驾驶证件交执行机关保存。这些对资格类证件的限制是域外常见的保安处分措施,法国将禁止居留、禁止从事某项职业或担任某些职务、吊销与撤销驾驶执照等措施界定为以刑罚的名称运作的保安处分,^[52]德国亦将取消驾驶执照作为一项限制资格的保安处分措施。我国《刑法》修订中已有建议将吊销机动车驾驶证作为一种资格刑,未来无论将之作为资格刑或保安处分措施加以确立,禁止不利益变更原则之教义学即能提供合理明晰的规范标准,法官据此即可作出个案判断,从而降低立法和法官对繁琐法律条文的依赖。

第四,以“不利益”来拓宽“刑”之内涵符合犯罪法律后果多元化的发展趋势,体现出刑法和刑事诉讼法的联袂互动。实体法和程序法的任何单方改动,从来都会对彼此产生影响;适用规范来解决个案争议,从来都是实体与程序的交错适用。近年来,“刑”的内涵体现出三个发展趋势。其一,从刑罚到刑罚的执行方式。《最高法解释》和余金平案表明,缓刑作为一种刑罚执行方式,应纳入上诉不加刑之“刑”的范畴。实践中还存在二审改变罪名并影响刑罚执行的情形,如将盗窃改为抢劫罪,根据《刑法》第81条第2款规定,二审改判抢劫罪的被告人不得予以假释,相应地,《最高法解释》第401条之(二)新增规定,二审改变罪名也“不得对刑罚执行产生不

[50] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2015年版,第95页。

[51] 陈兴良:“犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整”,《法律科学》2016年第4期,第183页。

[52] 参见(法)卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第504—507页。

利影响”。此外,第401条之(六)禁止二审法院在死缓案件中新增限制减刑或决定终身监禁。缓刑、假释、限制减刑和终身监禁一样,属于刑罚的执行方式,以内涵丰富的“不利益”来取代“刑”,更符合立法旨意和实务需求。

其二,从刑罚一元主义到刑罚和保安处分的二元主义。现代法治国家的制裁体系在特别预防理论的强力影响之下,由原来的刑罚单轨体系发展至刑罚与保安处分并存的双轨制裁体系。^[53]《刑法修正案(八)》引入禁止令后,2012年《最高法解释》即将之纳入上诉不加刑的规制范围,因为它是对被告人人身自由的限制,二审法院增加宣告禁止令或延长适用期限的,构成对被告人的变相加重刑罚。^[54]《刑法修正案(九)》新增职业禁止后,《最高法解释》第401条亦将其纳入“实质不利”的判断范围。此外,2012年《刑事诉讼法》新增的精神病人强制医疗程序通常被视为一种特殊的处分措施,张明楷教授将之和禁止令、职业禁止都归为保安处分。^[55]相应地,刑事诉讼法应将它们纳入“不利益”的讨论范畴,从而跟进实体法之双轨制裁体系的发展趋势。

其三,违法所得的没收、返还制度的独立性和重要性越发明显。近年来,我国台湾地区参酌德国刑法体例,将没收作为刑罚和保安处分之外“独立的法律后果”。^[56]我国《刑事诉讼法》已将被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序单列为一种特殊程序。未来,随着对《刑法》第64条和刑事没收程序继续展开实务探索和学术研究,此类案件的上诉审亦受禁止不利益变更原则的拘束,这既是为了回应犯罪法律后果多元化的趋势,也有助于围绕该原则进一步形塑兼具理论广度和深度的教义学。

(三)对禁止不利益变更原则的质疑及回应

质疑有三点:其一,上诉不得改判重于原审判决之刑,极易促成被告人滥行上诉;其二,过分强调保护被告人权利,可能妨害真实发现,纵使原审判决有误,也无法更改被告人应承担的责任;其三,倘若一审量刑畸轻,上诉法院无法充分对量刑问题进行法律评价,有违罪行相适应原则。本文对此作简要回应。

第一,禁止不利益变更原则体现了有利于被告人的政策导向,它不是为了遏制行使权利,而是鼓励行使权利,纵有滥诉风险,也不应忽视其乃立法者经利益权衡作出的有利被告的抉择。政策可变,但该原则对上诉权的保障功能已经根深蒂固。曾有日本最高法院法官担忧滥行上诉并主张废除禁止不利益变更原则,但未获支持,此后也未见再提以废除原则来遏制滥诉的主张。^[57]况且,若要防止滥行上诉,应从侦查、起诉和第一审程序的品质等方向综合研议,摒弃禁止不利益变更原则实乃舍本逐末。此外,尚有其他配套制度可以发挥防止滥诉的功能,

[53] 林钰雄:《新刑法总则》,元照出版有限公司2020年版,第28页。

[54] 参见江必新主编:《〈最高人民法院刑事诉讼法司法解释〉理解与适用》(下),人民法院出版社2015年版,第876页。

[55] 参见张明楷,见前注[4],第821—822页。

[56] 参见林钰雄,见前注[53],第702页。

[57] 参见(日)三井诚:“日本刑事上诉制度”,陈运财译,载我国台湾地区“最高法院”学术研究会编印:《“刑事诉讼起诉状一本主义及配套制度”法条化研究报告》(下),其泽有限公司2001年版,第459—460页。

如英国的上诉许可制、时间损失规则以及我国学者提出的上诉理由审核制,^[58]禁止不利益变更只是整个上诉制度的一部分,不宜作一叶障目式的分析。

第二,若言禁止不利益变更原则可能妨碍真实发现,有若干隐含前提:一是,一审法院适用法律错误,导致量刑畸轻;二是,被告方在获得有利判决后还坚持上诉;三是,被害人未请求检察机关抗诉。^[59]最重要的是,检察机关也未抗诉,“若连代表国家追诉利益的检察官,都不认为有为被告之不利益提起上诉的必要,则更没有理由反对被告为自己之利益……求取轻于原审判决所谕知之刑了。”^[60]况且,发现真实不是刑事诉讼的唯一目的,保障被告人的上诉权亦可间接达到纠错之目的。即便是极端特殊的个案,仍可通过再审程序矫枉过正、实现正义。惟需强调,作为既判力之阻却事由,启动再审有损法秩序之安定性,且经再审加重刑罚,无异于架空禁止不利益变更原则,因而有必要秉持“既判力本身即是原则,既判力阻却是例外”的理念,谨慎通过再审程序作出不利于被告人的变更。

第三,禁止不利益变更与罪行相适应原则的性质和保护方向不同,不能混为一谈、彼此攻击。禁止不利益变更要求不得增加被告人负担,只要上诉法院的量刑没有超过原判刑罚,即不违反该原则。本质上,这是一种消除被告人上诉顾虑的程序保障机制。罪行相适应要求法院根据犯罪的事实、性质、情节和危害程度,裁量与罪行、责任相当的刑罚,这是一种实体裁量机制。两者相较,禁止不利益变更设定的是量刑之外部界限,罪行相适应设定的是量刑之内部界限。^[61]明确两者性质不同的意义在于,上诉法院在个案中应首先判断是否适用禁止不利益变更原则,以此确定量刑之外部界限,即量刑幅度的上限是否受到约束;其次才能综合全案情形,酌情裁量刑罚,若认定罪行较轻,应根据罪行相适应原则减轻处罚,而不是依据禁止不利益变更原则。切不可首先遵循罪行相适应原则来裁量刑罚,并以最终量刑可能重于原判刑罚来质疑禁止不利益变更的拘束,如此会削弱后者对被告人提供的程序保障。在实体法和程序法交错适用中,程序机制必然会影响实体规范的适用,^[62]即,禁止不利益变更对实体刑罚裁量具有约束效果。

四、“不利益”的判断标准及其适用

禁止不利益变更原则的适用关键在于前后两次犯罪法律后果的比较,故应对“不利益”的判断设定适当的标准。

(一)主观标准

主观标准即以被告人的主观感受或评价作为判断依据。有余金平案的评论指出,一个刑

[58] 参见孙长永:“比较法视野下认罪认罚案件被告人的上诉权”,《比较法研究》2019年第3期,第51页。

[59] 陈林林,见前注[11],第75页。

[60] 林钰雄:《刑事法理论与实践》,中国人民大学出版社2008年版,第95页。

[61] 薛智仁,见前注[37],第122页。

[62] 参见(美)迈克尔·D.贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第19页。

事案件的处理,除社会承受部分负担之外,成本基本都在被告人身上,判轻判重被告人最清楚。^{〔63〕}判三缓四和两年有期徒刑相比,被告人通常更愿意承担前者,故撤销缓刑、改判实刑构成不利益变更。龙宗智提出一个“商人青睐实刑案”,商人倾向选择实刑而非缓刑,因为三四个月服刑期满后他就具有完全商业行为能力,而缓刑几年内他以个人名义从事经济活动受到很大的限制。^{〔64〕}我们发现,每个被告人会对“不利益”有不同感受,若标准皆以被告人的主观感受为准,显然过于浮动,徒增原则适用的不确定性,故域外立法例皆未采之。因此,“不利益”并非依被告人主观、个别情形为判断,而应“基于客观之立场,本于社会之通念,以被告实质之利益为指归加以考量”。^{〔65〕}

(二)一般客观标准

“客观之立场”又分为一般客观标准和具体客观标准。一般客观标准要求首先诉诸刑法对不同制裁手段之间设定的位阶关系,若无明确规定,再诉诸宪法或整体法秩序内的一般评价标准。^{〔66〕}较主观标准而言,一般客观标准能提供相对明确的指引,降低原则适用的不确定性,于方法论而言更为可取。具体来说,一般客观标准的首要参考依据是刑法对刑罚轻重之位阶关系的界定。“确定刑罚的轻重,不是只有形式的意义,而是有实质的作用。”^{〔67〕}我国《刑法》的主刑与附加刑是按照严厉程度由轻到重进行排列的,相应地,主刑由轻变重、加长原判同一刑种的期限都构成不利益变更;对于附加刑而言,增加罚金数额、追加适用附加刑亦构成不利益变更。主刑和附加刑建构的“一般客观标准”之基本体系,能为被告方在决定是否上诉时提供客观、可靠的预测基础,并让该原则的适用受到法定标准的约束。

主刑和附加刑交错适用的情形,应遵循生命和自由优于罚金、资格刑等附加刑的位阶关系。降低自由刑的期限,同时提高罚金、资格刑等附加刑的数额或期限,一般不构成不利益变更。如德国规定自由刑变更为罚金,不论数额高低,只要未逾越第一审判决之刑罚标准,均属刑罚之减轻;相反,罚金改判为自由刑时,则属刑罚之加重。^{〔68〕}在英国沃尔顿案(Walton)中,被告人被判处四个月监禁并处罚金,上诉法院减少了监禁刑期,但额外增加罚金,不构成不利益变更。^{〔69〕}同理,监禁刑期缩短,但额外附加禁止驾驶的命令,或延长禁止驾驶的期限,不构成不利益变更。^{〔70〕}我国《刑法修正案(九)》对贪污受贿罪的量刑幅度和量刑档次作了较大修订,且全部量刑档次均新增附加刑,在审理《刑法修正案(九)》实施前后的案件时,二审法院可以降低有期徒刑期限并同时新增罚金的判项。

〔63〕 参见卢建平:“余金平交通肇事案事实认定与法律适用争议评析”,《中国法律评论》2020年第3期,第112页。

〔64〕 龙宗智,见前注〔12〕,第93页。

〔65〕 林永谋:《刑事诉讼法释论》(下),2007年自版发行,第37页。

〔66〕 薛智仁,见前注〔37〕,第124页。本部分对主观标准和客观标准的讨论,受启发于我国台湾地区薛智仁教授等人的论著,特此遥谢。

〔67〕 张明楷:《外国刑法纲要》(第三版),法律出版社2020年版,第337页。

〔68〕 罗科信,见前注〔8〕,第497—498页。

〔69〕 David Ormerod, Anthony Hooper and Peter Murphy, *Blackstone's Criminal Practice 2011*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 2040.

〔70〕 Taylor, *supra* note 14, p. 429.

在主刑和附加刑构建的基本体系之外,《刑法》对于刑罚执行方式、非刑罚的法律后果没有提供明确的位阶判断。在刑罚结构调整和犯罪法律后果多元化的背景下,有必要进一步厘清一般客观标准的若干准则。《最高法解释》第401条之(二)至(六)涵盖罪名、罪数、缓刑、职业禁止、死缓限制减刑等刑罚和刑罚的执行方式,应作为一般客观标准的具体准则。此外,另有其他情形尚需明确。

第一,《刑法》尚未规定、未来可能新增的剥夺资格、驾驶证等保安处分。在二元主义立法例下,保安处分不属于刑罚,但“保安处分所使用的手段,若非剥夺受处分人的人身自由,即是限制受处分人的其他自由,其干预人民权益之深,实与刑罚并无二致”。〔71〕德国《刑事诉讼法》第331条规定,由被告或为被告之利益提起之上诉,不得对于原判决在犯罪法律效果之种类及刑度上,作不利于被告之变更。“犯罪法律效果之种类”包括保安处分,将之纳入禁止不利益变更的规制范围,没有争议。因此,从“犯罪法律后果”的高度来看,刑罚和保安处分都可能加重被告人的制裁负担,皆应受禁止不利益变更的拘束。

第二,未成年人的保护处分。我国台湾地区将未成年人感化教育作为一种兼具预防和矫治功能的保安处分,日本对违法少年的保护处分是保安处分的一种形式,是基于社会福祉的要求,从少年健康成长的角度出发所采取的必要保护。〔72〕2019年初,我国最高人民检察院在《2018—2022年检察改革工作规划》中提出,深化涉罪未成年人的教育感化挽救工作,探索建立罪错未成年人临界预防、家庭教育、分级处遇和保护处分制度。未来,若立法在此领域引入具有保安处分性质的措施,亦适用禁止不利益变更原则。

第三,精神病人的强制医疗。二审法院改判强制医疗,是否构成不利益变更?德国立法和通说认为不构成,因为安置精神病院“只会对被告有好处,而不会有害处”。〔73〕英国判例认为,尽管强制医疗和不定期限限制令的执行期限将超过原审判决的监禁期限,但强制医疗的本质是治疗和矫正,不能被视为比监禁更重的刑罚。〔74〕我国强制医疗的目的不是惩戒和制裁,而是对被强制医疗的人采取的保护性措施。〔75〕尽管可能剥夺或限制人身自由,但治疗和矫正本质上对相对人有利,故法院可以依法改判并决定强制医疗。

第四,强制戒毒。德国将安置戒瘾处所之命令与安置精神病院同等处之,法国明确允许对有危险的酗酒者和吸食毒品的人采取保安处分,我国台湾地区对于吸食毒品者、酗酒者实施亦可以惩戒处分。若我国将强制戒毒从目前的行政措施进行司法化改造,以被告人福祉为考量,法院改判强制戒毒不构成不利益变更。

(三)具体客观标准

一般客观标准涵盖了“不利益”判断的主要情形,但非常详尽地枚举具体规范,不仅毫无可能,反而会在个案中违反实质正义,因此必须保留给法院对概括条款的裁量空间和价值补充空

〔71〕 林山田:《刑法通论》(下册),北京大学出版社2012年版,第390页。

〔72〕 参见(日)大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第168—169页。

〔73〕 罗科信,见前注〔8〕,第498页。

〔74〕 R. v. Bennett, (1968) 52 Cr. App. R. 514, p. 518.

〔75〕 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室,见前注〔3〕,第374页。

间。^[76] 在一般客观标准之外,应辅之以具体客观标准,兼顾一般情势和特殊案情,允许法官在特殊个案中进行权衡和判断。具体客观标准的适用需注意两个问题。

第一,一般客观标准和具体客观标准是“原则和例外”的关系,前者没有明文规定时,才可依据后者进行个案裁量。日本法院不仅根据刑种和刑期来比较和判断,也进行具体、实质的综合考察。^[77] 我国《最高法解释》第 401 条在“实质不利”的标准下列举七种常见情形,同时指出对复杂问题不宜一概而论,宜坚持实质判断的原则。^[78] 这体现出一般客观标准和具体客观标准相结合的要求。在方法论上有一个疑问:两者适用是否有先后或主从顺序?就《最高法解释》及其释义来看,没有先后顺序。但并列适用存在一个问题,客观标准之提出即针对主观标准的不确定性,若法官不顾一般客观标准确立的位阶秩序而径行予以个案裁量,又将面对主观标准的诘难。以“商人青睐实刑案”为例,若法官直接依据具体客观标准来综合评判本案情形,自应得出短期自由刑比缓刑更有利于商人的结论,此时,一般客观标准和具体客观标准的适用产生矛盾。因此,必须明确两者是“原则和例外”的关系,前者应首先予以适用,只有在现行规范没有涵盖的例外情形中,法官才能根据具体客观标准进行个案裁量。究其原因,一般客观标准反映了立法者“事先权衡”的结果,不仅能为个案裁判提供直接、明确的依据,避免法官恣意裁判并维护法秩序的统一性,还能为特殊情形中的“事后权衡”提供正当性基础。

第二,具体客观标准的适用要注重裁判说理、总结经验、提炼规则,促进具体客观标准向一般客观标准的转化。英国要求上诉法院综合全案情形,不得让被告人受到更不利的对待,但制定法没有界定什么是“不利益”,而是通过判例积累了十余种常见情形和特殊情形,供法官参考。^[79] 美国大多数法院亦采“整体观察法”,但英美的方法论亦有诘难。个案衡量无法给出比较和评价不同利益的客观标准,衡量过程显得神秘和难以琢磨,使得司法裁判过多服从于法官的主观判断。^[80] “原则和例外”相结合的方法论可以扬长避短。法官原则上采一般客观标准,在例外情形中才适用具体客观标准,并通过以下三方面的要求确保具体客观标准适用的合理性。其一,承认多元标准的存在,不利益的判断涉及刑罚、保安处分、刑罚执行和非刑罚的法律后果,多元标准为个案裁量提供空间。其二,结合个案情状充分说理,特别要阐明权衡比较的利益及相关考量因素,将“整体观察法”的内心过程予以外化,以说理论证来增强判决的合理性和可接受性。其三,及时归纳总结经验,注重案例归整和教义学阐释,促进具体客观标准的规范化、类型化、体系化。

确立一般客观标准和具体客观标准的适用模式后,举两例加以论证。

例一,数罪并罚。2012 年《最高法解释》第 325 条确立的一般客观标准是,不得加重决定执行的刑罚,也不得加重数罪中某罪的刑罚。但这不能悉数涵盖不利益的情形。例如,原审判决认定被告人构成甲乙丙三个罪,分别判处有期徒刑五年、六年和七年,数罪并罚决定执行有期徒刑十二年。二审法院经审查认定甲罪事实不清并就甲罪宣告无罪,但维持乙

[76] (德)阿图尔·考夫曼:《法律哲学》(第二版),刘幸义等译,法律出版社 2011 年版,第 209 页。

[77] 参见(日)土本武司:《日本刑事诉讼法要义》,董璠舆等译,五南图书出版公司 1997 年版,第 420 页。

[78] 李少平,见前注[35],第 437 页。

[79] See Taylor, *supra* note 14, pp. 428—430.

[80] 参见张翔:《基本权利的规范建构》(增订版),法律出版社 2017 年版,第 304 页。

罪、丙罪之判决,两罪并罚执行有期徒刑十二年。以一般客观标准观之,法院未加重决定执行的刑罚,也未加重数罪中某罪的刑罚,但根据具体客观标准进行整体观察,甲罪是否成立没有影响二审量刑,即使甲罪上诉成功,实际执行期限仍是十二年,被告人遭受了实质的不利益。此外,鉴于实务中还存在实质上对被告人有利的调整罪数的情形,^[81]《最高法解释》第401条之(三)修订了“罪数不当”的客观标准,法院可以改变罪数、调整刑罚,但必须遵循“不加重执行刑”之一般客观标准,特殊情形下还应依据具体客观标准综合考察个案情形,“不对刑罚执行产生不利影响”。

例二,实刑和缓刑之间轻重比较。这本质上涉及责任刑和预防刑的关系,判断起来最为复杂,域外立法例鲜有明确规定,只在实务中积累了若干规则。英国原则上不能将缓刑改判为立即服刑的监禁刑,^[82]法国将缓刑视为一种有条件免除执行刑罚,从法官运用缓刑执行的方式来看,也可以把缓刑执行视同一种保安处分,^[83]故应受禁止不利益变更原则的拘束。在我国台湾地区,“缓刑之宣告,本质上无异于恩赦,得消灭刑罚之效果,显对被告有利,如无因原审判决适用法则不当之情形而将下级审缓刑之宣告撤销”,即有违禁止不利益变更之原则。^[84]德国和日本的立法和判例亦持此立场。^[85]我国将撤销缓刑、改判实刑视为违反了上诉不加刑原则,此与域外通行的一般客观标准相同,在余金平案和“商人青睐实刑案”中应直接援引作为判断依据,不再触发具体客观标准的分析。^[86]此外,有学者围绕余金平案提出诸多质疑,择其一二略作评论。

质疑一:若一审法院判三缓四,被告人在缓刑考验期第一天就严重违反有关规定,因而被撤销缓刑、收监执行,此时,我们还能说两年有期徒刑比判三缓四更重吗?首先,在撤销缓刑、改判实刑的情形中,一般客观标准已经反映了剥夺自由和限制自由之间的位阶关系,应据此直接认定构成不利益变更,不再触发具体客观标准,无需考虑缓刑第一天是否可能严重违反有关规定。其次,该质疑的根本缺陷在于混淆了刑罚裁量和不利益的判断。刑罚裁量应兼顾责任和预防,体现出“过去”和“未来”面向性,缓刑适用主要是基于预防刑的裁量问题,若法院可以合理预见“缓刑考验期第一天就严重违反有关规定”,则不应适用缓刑。而不利益的判断,是原判量刑和拟判刑罚之间“过去”和“现在”的对比,“未来”不能准确预测,既可能在缓刑考验期第一天就严重违反有关规定,也可能缓刑考验期届满,不再执行原判刑罚,但“现在”拟判之刑罚是可以确定的,其与原判刑罚的轻重比较,应当且能够得出确定的结论。若混淆了“现在”之应然判断和“未来”之可能预测,法院在个案量刑时将无所适从。一个更极端的例子是,若“未来”在缓刑考验期第一天就猝然死亡的话,“现在”岂非就没有裁量刑罚的必要了?

[81] 参见李少平,见前注[35],第436页。

[82] Pattenden, *supra* note 39, p. 254.

[83] 斯特法尼等,见前注[52],第506页。

[84] 参见薛智仁,见前注[37],第116页。

[85] 罗科信,见前注[8],第498页;(日)三井诚等:《日本刑事程序法入门》,陈运财等译,元照出版有限公司2021年版,第293页。

[86] 理论上说,在“商人青睐实刑案”中,若一审判缓刑、二审请求改判实刑,没有上诉利益即不符合上诉条件,因而不触发不利益变更的问题。

质疑二：若被告人被判处二年有期徒刑，审前羁押折抵刑期二年，宣判之日就被释放，此时，两年有期徒刑比判三缓四更重吗？本于社会之通念，若撤销缓刑、改判监禁，即使监禁期限显著缩短，普通人也会认为他们遭受不利对待。在英国沃特世和杨案(Waters & Young)中，一审法院认定两名被告人构成盗窃罪并判处缓刑 44 周，二人以量刑错误为由提起上诉，上诉法院认为二人应被判处九个月监禁，此时他们已被羁押了近九个月，遂撤销缓刑，改判九个月监禁，羁押折抵，宣判后得以立即释放，这不构成不利益的变更。^{〔87〕}在我国语境中，法院在此类情形中应依据具体客观标准予以个案权衡，在充分说理的基础上，构成现行一般客观标准的例外。

由于涉及刑罚、刑罚执行方式、保安处分和非刑罚的法律后果之间的交叉对比，类似质疑和特殊情形还可继续枚举。例如，①缩短拘役、有期徒刑的刑期而延长其缓刑考验期，或者，延长拘役、有期徒刑的刑期而缩短缓刑考验期，是否构成不利益变更？②缓刑和禁止令、职业禁止之间的轻重关系？③缓刑和保安处分、缓刑和罚金、罚金和保安处分之间的轻重关系？法条有限，人事无穷。总的来说，只要判决的法律效果加重被告人的负担，就足以影响其上诉意志，无论宣告刑或执行刑，刑罚或保安处分，皆受禁止不利益变更原则的约束。一般客观标准和具体客观标准之“原则和例外”模式在方法论上兼顾稳定性和灵活性，足以为不利益的判断提供相对明确具体的准据。

五、禁止不利益变更原则和上诉制度的互动和完善

在《刑事诉讼法》和司法解释的基础上，我国应参酌禁止不利益变更原则的优势以及“不利益”的判断标准，建构该原则的一般条款和具体情形。《刑事诉讼法》第 237 条可改为，“第二审人民法院审理仅为被告人利益上诉或抗诉的案件，不得作出不利于被告人的变更。”《最高法解释》第 401 条中的七种情形，以及第 402、403、428、469 条有关部分抗诉、发回重审、死缓复核和再审的规定，可作为一般客观标准之具体适用准据，措辞应统一为“不得作出不利于被告人的变更”，确保法秩序内概念的一致性和体系的融贯性。在余金平案中，二审法院回避了控方为被告人利益抗诉的事实，未能进一步发展上诉不加刑原则。未来，法院遇有新情形、新问题，应基于禁止不利益变更原则之规范目的，在法秩序内继续解释和续造法律。现行规范体系和特殊个案情形之间相互作用，既能将保障上诉权的理念融入个案裁判，也能促进个案特殊事实的规范化、一般化、建构化。于此意义，期待未来出现更多“余金平案”。

禁止不利益变更原则的确立、适用和完善应置于整个上诉制度的框架之下，主要包括四个方面。

第一，以上诉理由审核制事先过滤上诉，而非以加重刑罚来进行震慑。针对认罪认罚的被告人滥行上诉的问题，我们应将是否禁止不利益变更的讨论置入一审和二审之间“审级联动”的视角下展开分析。英国综合利用上诉类型、审查方式和禁止不利益变更的“组合思路”颇具启发意义。治安法院一审管辖的轻罪案件，采权利型上诉和复审制，刑事法院经上诉审理有权

〔87〕 See R. v. Waters and Young, [2008] EWCA Crim 2538.

加重刑罚;刑事法院一审管辖的重罪案件,采裁量型上诉和事后审查制,上诉法院受禁止不利益变更原则的拘束,但被告人仍面临着被实质性加重刑罚的风险,上诉法院若拒绝批准上诉,有权决定被告人在上诉期间的部分羁押日期不得折抵刑期,此即时间损失规则。^[88]在我国语境下,与上诉加刑、时间损失规则相比,上诉理由审核制是防止滥诉更优选择,可以事先过滤掉毫无理由的上诉,促进司法资源的合理配置,维护第一审程序的中心地位。随着“上诉不加刑”向“禁止不利益变更”的转变,后者的内涵和体系更加丰富,为确保被告人对“不利益”作出准确理解和判断,律师应在上诉阶段持续提供有效帮助,法院亦有必要履行一定的告知义务,以便被告方审慎决定是否上诉。

第二,以“一部上诉”和“禁止不利益变更”的交错适用来促进上诉制度的精细化发展。一部上诉能让被告方主动限制上诉审查之范围,合理预期上诉结果,亦能让法院免于就一审判决没有争议之部分重复调查证据调查和认定事实,符合被告方和法院共同的审级利益。《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401条之(一)和402条规定上诉、抗诉的效力不及于其他同案被告人,这反映出判决之“一部确定效力”的原理。未来,我国应结合一部上诉和禁止不利益变更原则,充分保障上诉权的行使。被告人提出合法有效的一部上诉时,未上诉的部分即具有暂时的既判力,上诉法院不得迳行审理,否则违反控审分离原则。不得听审即不涉及不利益变更的问题。合法上诉的部分未产生既判力,法院在量刑时应判断得否作不利益变更。一部上诉和禁止不利益变更的交错适用,“对被告而言原则上不会更为不利……因此提供了相当的诱因,鼓励被告人将上诉之声明作合理限制”。^[89]

一部上诉的核心问题是判断上诉的可分性,其关键在于定罪和量刑是否可分,在此应注意两点。其一,在定罪无异议的前提下,量刑问题可以单独上诉。在诸如余金平案等认罪认罚案件中,控辩双方一般只提起量刑上诉或抗诉。此时,一审判决之定罪部分具有暂时的既判力,二审法院不得主动审理定罪问题,否则就存在龙宗智所担忧的“自诉自审”问题。定罪部分尚须等待其他上诉部分确定后,整个案件方可交付执行。量刑部分既已上诉,法院须判断是否受禁止不利益变更原则的拘束。其二,不能仅就定罪部分提起一部上诉。定罪是量刑的前提和基础,法院认定事实并作出法律定性后,方可论处刑罚。若单独就定罪部分上诉,量刑部分将会生效,若二审法院经审理决定撤销定罪或予以改判,量刑部分将无所依附。因此,定罪的上诉效力当然及于量刑部分。

第三,淡化上诉制度的纠错功能,特别是对于量刑问题,二审法院要保持适度克制,尊重一审法院的量刑裁量权。上诉审的事实纠错功能已受到诸多质疑,^[90]余金平案集中体现的是二审法院对原审量刑的纠错。英美主要依靠两项机制确保上诉法院只在少数情形中才介入审查原审量刑:一是明确列举允许介入审查的情形;二是设定高度尊重(highly deferential)初审法院裁量权的审查标准。上诉法院不是判断原审量刑是否“正确”,而是审查原审法院是否滥用裁量权,只要在合理的裁量范围内,就不会轻易改判。德日的量刑幅度理论与之异曲同工,

[88] Campbell et al., *supra* note 27, p. 386.

[89] 林钰雄,见前注[60],第94页。

[90] 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(下),新学林出版股份有限公司2020年版,第415页。

上诉法院对量刑是一种“幅”的审查,而非“点”的判断。根据德国的“量刑空间理论”,关于量刑如何才算是与罪责程度相当,事实审法院原本就享有一定的判断空间,只要量刑结果系未低于已与罪责相当的下限,未超出仍与罪责相当的上限,就符合罪行相当原则。^[91]日本实行禁止不利益变更原则的结果,“有时只能宣告法定刑之外的刑罚,但也不得不如此”。^[92]我国《最高法解释》第401条之(七)规定再审改判的条件是原判刑罚“畸轻”,而非“确有错误”,这已体现出“幅”的审查理念。未来,二审法院可以秉持适当的克制态度,不能因为自己会得出不同的量刑结论而轻易介入审查并予以改判,更不能以纠错之名来突破禁止不利益变更原则的限制。

上诉法院尊重原审量刑、谨慎介入审查也是维系上诉体系良性、高效运行的需要。上诉法院居于科层体系的上层,若积极行使量刑监督权,以自己的判断来替代下级法院的裁量,不仅体现出对下级法院的不信任,更会捆绑法官在个案裁量中的手脚。司法实践不是在法律与事实之间进行机械地搬运,法官职业群体会把对公平正义的理解注入实践中。^[93]这种实践理性让下级法院有一种“自觉”,即尊重检察机关量刑建议的“自觉”以及在法定幅度内依据个案事实裁量刑罚的“自觉”。实践理性既需要法律规范的指引和审级制度的规制,更需仰赖法律职业共同体内的相互信任和尊重。无论是“尊重”还是“自觉”,都难以外化为具体的规则。未来,我国在探索有限量刑审查之际,应注重培养基层法官的技能、经验和素养,从“制度”和“主体”两个方面构建良性互动的上下级法院关系。

第四,以引入禁止不利益变更原则为契机,从纵向和横向两个层面推进刑事上诉制度的整体完善。纵向层面应遵循“审级联动”原理,依托以审判为中心的改革,以高质量的侦诉审工作建构坚实的第一审,注重发挥第二审程序的救济功能,适当探索第三审法律审的试点改革。本质上,各种对禁止不利益变更原则的质疑态度是对一审裁判品质的怀疑和对真相发现的眷恋。然而,纵向层面改进的重点不在于通过增加审级来纠错,而是如何在有限的司法资源内实现第一审的实质化并维护法秩序的安定性。我国实务中已经出现“精一审、强二审”的呼声,^[94]惟有注重基层法院的人员配置,提高法官的业务素质,强化对下级法院的信任,才能从根本上减少出错可能,降低对二审纠错的依赖,从而在未来探索塑造“第一审是中心,第二审侧重救济,第三审严格法律审”的金字塔型审级制度。

横向层面须从上诉类型、审查范围、禁止不利益变更等方面加以综合研判。遵循上诉结构多元化的思路,我们可以在部分认罪认罚案件中以上诉理由审核制事先过滤案件,在重大、疑难、复杂或被告人不认罪的案件中仍坚持权利型上诉,并以禁止不利益变更原则保障被告人行使上诉权。在强化第一审事实审的基础上,我国可以探索事后审查制来巩固第一审程序的中心地位。事后审查制是以第一审的事实认定为依据,审查原审判决是否“妥当”,一般不允许提

[91] 薛智仁,见前注[37],第122页。

[92] 土本武司,见前注[77],第420页。

[93] 参见白建军:《刑法规律与量刑实践——刑法现象的大样本考察》,北京大学出版社2011年版,第89—91页。

[94] 刘艳辉、阳桂凤:“上诉不加刑:在救济与纠错功能博弈中寻求平衡与协调——以新修订的《刑事诉讼法》第226条为视角”,《法律适用》2014年第3期,第84页。

出新的证据或事实。^{〔95〕}改判事由较少,禁止不利益变更的适用范围相对较窄。总之,综观纵向和横向两个层面,禁止不利益变更原则之确立可以助推我国刑事上诉制度多元化的改革。

六、结论

刑事诉讼体现了国家追诉犯罪和个人权利保障之间持续的对话和角力,禁止不利益变更原则旨在保障被告人的上诉意志自由,是立法者权衡公共利益和个人利益后作出的有利于被告人的选择。在犯罪门槛下降、刑罚结构调整和犯罪法律后果多元化的趋势下,我国应确立禁止不利益变更原则,让程序法跟进实体法变革的节奏。立法智慧有限,个案情形无穷,一般客观标准和具体客观标准相结合的“原则和例外”模式兼具稳定性和灵活性、开放性和前瞻性,可以为“不利益”的判断提供体系性的规范准据,并在法秩序疏漏之处促进法律的续造。个案裁判始终是刑法和刑事诉讼法的交错适用,纵使禁止不利益变更原则限制了上诉法院的量刑权限,可能有碍真实发现,但这恰恰宣示出:没有不用付出代价的法治国原则!

Abstract: The Yujinping case adjudicated in 2019 had attracted our attention and prompted discussions on the principle of *reformatio in peius*, and accordingly, the Supreme People's Court introduced a test of "substantive prejudice" in Article 401 of the new judicial interpretation of Criminal Procedure Law. In the context of amending the criminal law and pluralizing the effects of criminal violations, the previous principle of ban against increasing punishment in appeals has been unable to meet the theoretical, practical and reformative needs. We must establish the principle of *reformatio in peius*, which is more meaningful, extensive and systematic, in order to prohibit the appellate court from increasing the punishment if the appeal has been launched only on the defendant's behalf. Establishing this principle is conducive to clarifying theoretical misconceptions, safeguarding the defendant's right, promoting interactions between criminal law and procedure, and constructing the logic and coherent dogmatics. The mode of combining general and specific objective standards can provide normative guidelines for assessing the "prejudice", and help adjudicate hard cases and promote the growth of law. As the principle of *reformatio in peius* is embedded with the entire appellate structure, we must consider such aspects as the leave to appeal, *teilanfechtung*, and deferential sentencing review in a comprehensive way, so as to promote the pluralized development of China's criminal appeal system.

Key Words: Reformatio in Peius; Ban Against Increasing Punishment in Appeals; Criminal Law Amendments; Preventive and Rehabilitative Measures; Teilanfechtung

(责任编辑:吴洪淇)

〔95〕 参见牟绿叶:“人民陪审员参与刑事审判的上诉审构造”,《当代法学》2021年第4期,第134页。