

论二审检察院能否新增抗诉 请求及其合理控制

李崇涛*

目次

一、国内缺乏全面、明确的规范	(二) 延伸并正确行使诉权的要求
(一) 最高人民检察院：持肯定态度但授权不够到位	(三) 发挥诉讼监督职权的题中应有之义
(二) 最高人民法院：持否定态度但主要限于“就案说案”	四、二审检察院新增抗诉请求的权力边界与规制
二、实务操作及其分析研讨的不足	(一) 执行审级制度：不能任意新增超出起诉范围的抗诉请求
(一) 不同地区之间、检法两院之间的做法存在差异	(二) 落实“上诉不加刑”原则：不能任意新增对被告人不利的抗诉请求
(二) 理论研讨未能提供全面、深入的意见	(三) 保障辩护权：不能“突袭”新增抗诉请求
三、允许二审检察院新增抗诉请求的合理性 与必要性	五、结语：兼论“抗诉请求”及其相关概念的 区分与表述
(一) 检察体制的许容性	

摘要 关于二审检察机关能否新增原审检察院抗诉书中没有涉及的抗诉请求,《刑事诉讼法》没有规定,最高人民检察院、最高人民法院也没有提出全面、明确的意见。实践中各地做法各异,研究领域对此探讨较少且说服力不强。允许二审检察院独立提出抗诉请求,在国内检察体制下具有许容性,是检察机关延伸并正确行使诉权的要求,同时也是发挥诉讼监督职权的应有之义。为保障被告人的辩护权和“可获得二审救济”“上诉不加刑”有关权利,应当采取“原则上授权允许+合理限制”的态度,要求二审检察院只能在原审起诉指控的范围内,新增有利于被告人的抗诉请求或者针对原审检察院

* 西南政法大学博士研究生、四川省人民检察院政治部干部一处副处长。本文系 2019 年度最高人民检察院检察理论研究课题“二审检察机关新增抗诉请求问题研究”(项目编号: GJ2019C14)的阶段性研究成果。所谓“二审检察机关”“二审检察院”,是指“参与刑事二审程序的原审检察机关的上一级检察院”,或者“参与刑事二审程序的二审法院同级检察院”。严格来讲,审级制度属于审判制度,所以在立法层面和实务部门正式行文、学界研讨中,一般只有“二审法院”而没有“二审检察院”的提法。但是为了方便表述,本文将通篇采用这一简明、直观的实践常用表述方式,以免语句烦琐。

的抗诉对象、抗诉事项新增不利于被告人的抗诉意见和理由,并及时告知二审法院、被告人及其辩护人。省级以上检察院应当对此做出统一规范,并随之改进抗诉法律文书制作工作。

关键词 二审抗诉程序 上一级检察院 抗诉请求 上诉不加刑 辩护权

在办理刑事二审抗诉案件的过程中,市级以上检察机关强调全面审查、注重精细化办案,^{〔1〕}常常会发现原审检察院抗诉不全面、不彻底,对一审判决某些错误“当抗不抗”的问题。^{〔2〕}为充分履行诉讼监督职能并有效节约司法资源,对于上述情况,二审检察院往往会在支持抗诉的基础上,增加原审检察院抗诉书没有涉及的抗诉请求。^{〔3〕}特殊情况下,甚至会一方面否定抗诉书的全部内容,另一方面又“支持抗诉”并提出新的抗诉请求。^{〔4〕}但是,这种做法并无法律依据,实践中未能得到各地、各级法院的一概认可,在检察系统内部也存在争议。研究领域对此缺乏足够关注,目前仅有少数案例分析文章提供了“就案评案”的意见。^{〔5〕}个别检察官对此虽有持续研究发声,但始终是在改良法律文书的操作层面上提出建议,^{〔6〕}未能立足检察制度、刑事诉讼抗诉制度基本理论和被告人权利保障相关需求,深入考量二审检察院是否能新增抗诉请求,以及哪些情况下需要进行限制。本文力求厘清这些问题,以期推动国内刑事抗诉制度的进一步完善。

一、国内缺乏全面、明确的规范

现行《刑事诉讼法》第228条、第232条规定,地方各级检察院认为同级法院一审判决、裁定确有错误的,应当通过原审法院向上一级法院提出抗诉;上一级检察院如果认为抗诉不当,可以撤回抗诉。这两条规定与2012年《刑事诉讼法》第217条、第221条和1996年《刑事诉讼法》第185条的规定一脉相承,多年来并无实质变化。在此基础上,“两高”通过发布司法解释、规范性文件或业务指导用书,对抗诉案件办理工作做出了一些具体规定或指引,但在“二审检察院能否及如何新增抗诉请求”的问题上,始终没有给出全面、明确的意见。

(一) 最高人民法院:持肯定态度但授权不够到位

多年来,《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《检察刑诉规则》)只是规定,“上一级人民检察院对下级人民检察院按照第二审程序提出抗诉的案件,认为抗诉正确的,应当支持抗诉;认为抗诉

〔1〕 关于二审检察院的办案工作态度和方式,具体可参见李崇涛:《省级检察机关的阅卷审查与职能发挥》,载杨建学主编:《应用法学评论》2015年卷(总第1辑),法律出版社2015年版,第150—153页。

〔2〕 目前,上级检察院公诉部门普遍通过抓好“抗前请示”工作,尽可能指导、帮助原审检察院在抗诉书中全面提出抗诉请求。但是,受抗诉期限时间紧、“抗前请示”多为上级检察院听取口头或书面汇报而不阅卷、下级检察院撰写抗诉书贯彻上级意见不彻底等因素的限制,二审检察院全面阅卷后,仍会发现一些“漏抗”问题。

〔3〕 正如有检察官分析数据后发现,支持抗诉但又修正甚至颠覆原审检察院提出的抗诉请求,是二审检察院办理抗诉案件的常态。参见赵鹏:《刑事二审抗诉的合力与制度配置——基于法律文书的观察和分析》,载《中国刑事法杂志》2011年第12期。

〔4〕 检察人员往往认为,此时二审检察院“支持抗诉”,是支持原审检察院“启动二审抗诉程序”。

〔5〕 涉及抗诉制度的研究成果对此往往一笔带过,即便是专门探讨国内抗诉权运行理论与实践的博士学位论文,也只是简要介绍了最高人民法院印发的《工作指引》,而未进行深入探讨。参见吴杨泽:《刑事抗诉权运行理论分析与实证研究》,西南政法大学2017年博士学位论文,第78页。

〔6〕 参见前注〔3〕,赵鹏文;庄伟、赵鹏:《刑事二审抗诉权分置与抗诉理由表达》,载《人民检察》2015年第23期;赵鹏:《抗诉权分置下的抗诉合力生成——以抗诉理由的表述为视角》,载《中国检察官》2016年第2期。

不当的,应当向同级人民法院撤回抗诉”;“上一级人民检察院在上诉、抗诉期限内,发现下级人民检察院应当提出抗诉而没有提出抗诉的案件,可以指令下级人民检察院依法提出抗诉”。^{〔7〕}对此可概括为两点:(1)上一级检察院对原审检察院的抗诉请求可以“做减法”(全部支持、部分支持、全部撤回);(2)如果要“做加法”,上一级检察院须在抗诉期限内,通过指令原审检察院提出抗诉来实现。那么,如果上一级检察院在二审阅卷期间才发现还有“当抗未抗”的情况,能否增加抗诉请求呢?最高人民检察院的态度及其变化过程大致体现为:

2009年以前对此关注不够,没有给出意见。如,在2005年《关于进一步加强刑事抗诉工作强化审判监督的若干意见》、2007年《人民检察院办理死刑第二审案件工作规程(试行)》等规范性文件中,只是重申了前述《刑事诉讼法》《检察刑诉规则》的内容,并未涉及本文探讨的问题。

2009年至2014年,授权二审检察院可以全面新增抗诉请求,但又存在一定矛盾。一方面,《人民检察院公诉工作操作规程》(2009年印发)第251条、第278条提到,上一级检察院对下级检察院刑事抗诉意见部分支持,或者改变下级检察院的抗诉请求时,上一级检察院应当在《支持刑事抗诉意见书》中予以阐明,并在抗诉审开庭时全面阐述上一级检察院对刑事抗诉的意见。《刑事抗诉案件出庭规则》(2011年印发)第6条、《检察机关执法工作基本规范(2010年版)》第5·230条、《检察机关执法工作基本规范(2013年版)》第6·214条、《检察机关执法规范培训学程(2013年版)》均提到,“上一级检察院不支持下级检察院提出的抗诉意见和理由,但认为原审判决、裁定确有其他错误的,应当在《支持抗诉意见书》表明不同意《抗诉书》的抗诉意见和理由,并且提出新的抗诉意见和理由”。^{〔8〕}但是另一方面,上述《检察机关执法规范培训学程》又引用了一起案例,阐述并支持了某省高级人民法院的观点,认为二审检察院在支持抗诉时不应当新增罪名、变更罪名或者增减犯罪事实。^{〔9〕}

2014年以来,授权二审检察院可以在一定范围内新增抗诉请求,但又存在一定歧义。《关于加强和改进刑事抗诉工作的意见》(2014年印发)第21条、《人民检察院刑事抗诉工作指引》(2018年印发)第24条提道,“上一级检察院对下级检察院按照第二审程序提出抗诉的案件,支持或者部分支持抗诉意见的,可以变更、补充抗诉理由,及时制作支持刑事抗诉意见书,阐明支持或者部分支持抗诉的意见和理由”。从字面来看,这两份文件仅允许二审检察院在原审检察院所提“抗诉意见”的范畴内,变更、补充“抗诉理由”。实践中对此存在疑惑:抗诉“意见”和抗诉“理由”应当如何理解,二者是何关系?一些抗诉观点对其上一级观点而言属于“抗诉理由”(论据),对其下一级观点而言又属于“抗诉意见”(论点),此时如何区分?即便能够区分,这种不能改变抗诉“意见”而只能变更、补充抗诉“理由”的要求是否科学,会不会过于保守和绝对化?

纵观上述司法解释、规范性文件和业务指导用书,相关意见主要是由原最高人民检察院公诉厅提出,^{〔10〕}目前看来倾向于“二审检察院可以适当改变原审检察院的抗诉请求”,但观点不够全面、明确。而且,该厅未能将有关意见纳入检察机关司法解释的层面,更未协调最高人民法院刑事

〔7〕 参见1999年《检察刑诉规则》第403条和2012年《检察刑诉规则》第589条的规定。二者之间并无变化。

〔8〕 参见最高人民检察院:《检察机关执法工作基本规范(2010年版)》,中国检察出版社2011年版,第193页;最高人民检察院:《检察机关执法工作基本规范(2013年版)》,中国检察出版社2013年版,第238页;最高人民检察院:《检察机关执法规范培训学程(2013年版)》,中国检察出版社2013年版,第463页。

〔9〕 参见前注〔8〕,《检察机关执法规范培训学程(2013年版)》,第516—518页。

〔10〕 2018年底,经内设机构改革,原最高人民检察院公诉一厅、二厅已和侦查监督部门合并调整为第一至第四检察厅。

审判庭达成共识、联合发文,实践中往往难以作为司法办案的依据。^{〔11〕}

(二) 最高人民法院:持否定态度但主要限于“就案说案”

最高人民法院从未在正式印发的司法解释、规范性文件中提及本文所涉问题,目前只是在刑事审判庭所编《刑事审判参考》的两起案例评析中,针对个案情况,提到不应当支持二审检察院新增抗诉请求。

一起案件中,一审法院判处被告人死刑缓期两年执行,公诉机关抗诉后,省检察院的检察官在二审庭审时发表了不同于《抗诉书》的抗诉意见,得到省高级人民法院采纳,被告人被判处死刑。最高人民法院在死刑复核时认为,该案省检察院、省高院限制了被告人行使辩护权,可能影响司法公正,遂将案件发回重审。《刑事审判参考》对该案的评析意见提道,“抗诉书是承载检察院抗诉意见与理由的正式法律文书,被告人在二审审判前获悉抗诉书是其依法行使辩护权的重要保障……出席二审法庭支持抗诉的检察人员发表的抗诉意见不能超出抗诉书的范围,其目的主要是为了保护被告人的辩护权”。^{〔12〕}

另一起案件中,原审检察院认为原审法院对一名被告人量刑畸轻,遂提出抗诉;二审检察院支持该意见,同时又提出原审判决对同案另外两名被告人量刑畸轻,应予改判。二审法院认为,二审检察院在抗诉期限届满、支持抗诉时增加抗诉对象的做法不符合《刑事诉讼法》关于抗诉主体和“上诉不加刑”原则的规定,遂不支持该抗诉请求。《刑事审判参考》的案例评析意见对此表示认可并进一步指出,该案二审检察院的做法还会造成被告人的辩护权遭受抗诉突袭,而且违反了抗诉期限的法律规定。^{〔13〕}

总的来看,最高人民法院一方面不便于直接发文规范检察机关的抗诉工作,另一方面也不曾在司法解释、规范性文件中明确限制二审抗诉案件的审判范围。通过上述两个案例,最高人民法院刑事审判庭表达了“不支持二审检察院新增抗诉请求”的态度,但这不是该院审判委员会审议印发的指导案例,有关评析意见也是由地方法院的法官个人署名,所以权威性有限。而且,该两起案例的评述内容,主要是“就案论案”地反对“在二审庭审时突袭抗诉”和“新增被抗诉人并请求加重处罚”这两种最突出的做法。关于二审检察院新增抗诉请求的其他情况应当如何处理,最高人民法院的态度尚不明确。

二、实务操作及其分析研讨的不足

(一) 不同地区之间、检法两院之间的做法存在差异

“两高”权威意见的缺失,造成了司法人员认识不一、办案实践无所适从。就法院系统而言:

〔11〕 实践中,司法人员办理刑事案件的常用工具书是《刑法一本通》和《刑事诉讼法一本通》,后者在本文所涉问题上仅收集了2014年最高人民检察院《关于加强和改进刑事诉讼工作的意见》第21条的规定。对于前述其他文件、书籍的意见,司法工作者往往未能掌握。

〔12〕 参见董朝阳、蔡金芳:《李林故意杀人案[第222号]——二审法院能否采纳出庭支持抗诉的检察人员超出抗诉书范围提出的抗诉意见》,载最高人民法院刑事审判一庭等主编:《中国刑事审判指导案例(侵犯公民人身权利、民主权利罪)》,法律出版社2009年版,第82—84页。

〔13〕 参见夏宁安、胡渡渝:《孙超等抢劫、盗窃、掩饰、隐瞒犯罪所得案[第765号]——抗诉期限届满后,上一级人民检察院在支持抗诉时增加抗诉对象的,如何处理》,载最高人民法院刑事审判一至五庭主办:《刑事审判参考》(总第85集),法律出版社2012年版,第59—65页。

(1) 在有的地区,二审检察院新增的抗诉请求能够得到法院支持;^[14]但在另外一些地区,相关法院就不太赞同这一做法,认为二审检察院只能支持抗诉、撤回抗诉或按照审判监督程序提出抗诉,而不能直接增加抗诉请求。^[15](2) 这种禁止性要求在各地也存在差异。如,北京市第一中级人民法院、北京市人民检察院第一分院会签的《关于加强诉审关系协调的若干意见》,禁止二审检察人员当庭新增抗诉请求;北京市第三中级人民法院的内部会议纪要,则是禁止二审检察院提出比抗诉书更重的抗诉请求。

检察系统内部对此往往也没有统一做法。以四川的22个市级检察院为例:(1) 4个检察院原则上不在二审环节增加独立的抗诉请求;18个检察院则会在二审环节不同程度地新增抗诉请求。(2) 该18个检察院中:5个对于确有错误的一审裁判,可以全面新增抗诉请求;7个认为不能新增被抗诉人,但可以针对原审检察院已经抗诉的被告人新增抗诉请求;4个认为既不能新增被抗诉人,也不能突破抗诉书涉及的被告人有关罪名,但可以在被抗诉人及其被抗诉罪名的范畴内新增抗诉请求。^[16]

总的来看,关于二审检察院能不能提出、二审法院该不该采纳新的抗诉请求,司法实践缺乏统一规范,出现了不同地区之间、同一地区类似案件之间“同案不同处”的情况。此外,检察机关为了避免“新增抗诉请求但被法院驳回”的尴尬,又采取了一些“应对之举”,进一步造成了司法不规范问题。比如:(1) 对于是否新增抗诉请求,市级检察院有时候会“按需操作”。即,如果二审环节发现的新问题未必能够“抗准”,或者对于“完成抗诉考核任务”可有可无(原审检察院提出的其他抗诉请求已能“抗准”),上一级检察院就不会对新增抗诉请求过分强求;如果原审检察院提出的抗诉请求并不一定能够抗诉成功,但二审环节发现的新问题能够“抗准”,上一级检察院就会新增该抗诉请求并努力获取二审法院的支持。(2) 个别地区有时候会由原审检察院在《抗诉书》中“打大包围”笼统表达抗诉请求。此时,原审检察院《抗诉书》发挥的作用就主要是全面启动二审抗诉程序,具体的抗诉请求实际上是留待二审检察院阅卷详加研究后,才通过《支持抗诉意见书》来表达。

(二) 理论研讨未能提供全面、深入的意见

面对实践中的办案分歧,以司法人员为主的研究者形成了一些探讨意见。目前,反对二审检察院新增抗诉请求的理由主要是:(1) 会造成“抗诉突袭”,进而侵犯被抗诉人的辩护权,影响控辩平衡;(2) “抗诉突袭”还会导致辩护方、审判方准备不足,进而影响二审庭审的实质化;(3) 会造成二审环节对原审被告人的不当追诉甚至加重处罚,违反“上诉不加刑”原则;(4) 一审公诉机关才是《刑事诉讼法》规定的抗诉主体,上一级检察院不能自行、直接提出抗诉请求;(5) 在抗诉期满后又提出抗诉,违反了关于抗诉期限的规定;(6) 如果一审判决确有其他错误需要纠正,上一级检察院可以通过审判监督程序寻求救济。

总的来看,这些观点及其视角的局限性较为明显:一是未能切中要害,关注的往往是操作层面上的问题。例如,对于“抗诉突袭”等问题,其实通过合理设置法律文书送达程序、用好庭前会议就

[14] 如,广东省中山市、安徽省合肥市都有类似案件,被检察机关视为经典案例作经验介绍。参见广东省人民检察院:《新理念带来新视角 新机制催生新成效——以抗诉为中心推进审判监督创新发展》,载《人民检察》2015年第15期;黄骊:《教而不改,如何能轻罚?》,载《检察日报》2019年8月22日,第6版。

[15] 参见前注[8],《检察机关执法规范培训学程(2013年版)》,第517页。

[16] 另有2个检察院的公诉部门负责人表示,实践中该院会增加抗诉请求,但近期没有遇到需要增加被抗诉人、跨罪名增加抗诉请求的案件,也没有关注、考虑过相关问题,不便发表意见。此外,检察机关做法不同,有的是源自其自身认识,有的则是当地法院传导压力所致。

能有效解决;^{〔17〕}二是考虑不够全面,忽视了实践中二审检察院新增抗诉请求的复杂情况,目前大体上只探讨了“二审检察院新增被抗诉人且新增抗诉请求不利于该被告人”的问题;三是论证不够深入,尚未把关键性问题说通说透。反对论者认为二审检察院无权独立提出抗诉请求,理由仅仅是《刑事诉讼法》《检察刑诉规则》规定由原审检察院提出抗诉,且法定的正式文书只有抗诉书而无支持抗诉意见书。^{〔18〕}

与之相对,认为二审检察院可以新增抗诉请求的观点,同样缺乏深入、系统的论述。支持论者往往是在评述案例时提出:(1)按照《刑事诉讼法》及其司法解释的规定,刑事二审适用“全面审查,一并处理”原则,不受上诉、抗诉范围的限制;(2)上一级检察院发现了错误却不能在二审抗诉中提出意见,而要启动审判监督程序纠错,会造成不必要的司法资源浪费;(3)支持抗诉意见书虽然不是法定的文书类型,但是作为二审检察院表达诉讼意见的法律文书,必然具有法律效力。

这些观点的说服力普遍不强。一方面,“全面审查、一并处理”只是一项关于办案审查范围的基本要求,但是具体如何处理,还要受“上诉不加刑”等规则的限制;另一方面,如果二审检察院新增抗诉请求的合理性无法确定,所谓支持抗诉意见书的法律效力,以及在抗诉二审环节纠错从而节约诉讼资源,就无从谈起。

总的来看,以下问题有待逐层厘清:(1)立足上下级检察院的基本关系和二审诉讼主体的诉讼请求表达权,考察二审检察院究竟有无资格独立提出抗诉请求;(2)如果具备该资格,则要从保障被抗诉人合法权益、促进抗诉案件二审庭审实质化的角度,进一步考察对二审检察院新增抗诉请求的哪些情况应予合理限制。需要特别说明的是,在探讨前一个问题的时候,不应当将后一个问题牵扯其中、混为一谈,即不能因为二审检察院新增某些抗诉请求可能侵害被告人的权益,就否定其行使这一权力的基本资格。保障被告人有关权益,可以通过划定二审检察院新增抗诉请求的范围、设置合理程序来实现。笔者将按照这一逻辑,在下文展开探讨。

三、允许二审检察院新增抗诉请求的合理性与必要性

按照《刑事诉讼法》《检察刑诉规则》的规定,原审检察院有权对同级法院做出的一审裁判提出抗诉,上一级检察院经审查有权支持或撤回抗诉。所以,刑事二审抗诉权是由原审检察院及其上一级检察院共同行使,这种制度设计被国内检察官称为“刑事抗诉权的分置”。^{〔19〕}目前普遍认为,原审检察院是提出抗诉的主体。但是,该“主体地位”明显缺乏唯一性、持续性和独立性,因为原审检察院提出的只是“效力待定”的抗诉,随时可能被上一级检察院否定“清零”。事实上,在提出抗诉启动二审程序、审查案件参与二审诉讼的过程中,上一级检察院虽然不是直接享有抗诉二审程序启动权的“抗诉主体”,但也承担着重要职责、发挥着重要作用。立足国内司法制度、刑事诉讼制

〔17〕 一些法官一方面否定二审检察人员当庭新增抗诉请求的个案做法,另一方面又提出,二审检察机关新增抗诉请求的,应当指令原审检察院修改抗诉书,或者提前形成有新抗诉意见的支持抗诉意见书,在开庭10日前提交人民法院,由后者送交被告人。可见,这只是反对“不经提前告知而在二审庭审中‘突然’新增抗诉请求”,但认可“二审检察院新增抗诉请求”。参见前注〔12〕,董朝阳、蔡金芳文,第84页;高亚莉、黄小明:《抗诉意见超出原指控范围不应采纳》,载《人民法院报》2010年5月20日,第7版。

〔18〕 参见顾永忠:《当前刑事公诉中存在的若干问题探究》,载《河南社会科学》2010年第1期;见前注〔13〕,夏宁安、胡波渝文,第62—63页;姜保忠:《论检察机关支持抗诉意见书的法律地位与法律适用》,载《河南社会科学》2017年第5期。

〔19〕 参见前注〔3〕,赵鹏文;前注〔6〕,庄伟、赵鹏文;前注〔6〕,赵鹏文。

度,应当认可其有权独立提出抗诉请求。

(一) 检察体制的许容性

按照《宪法》《人民检察院组织法》的规定：^{〔20〕}(1) 上下级检察院之间是“领导”关系(不同于上下级法院之间的“监督”关系)；(2) 四级检察机关共享 1 个条文规定的一套职权(不同于《人民法院组织法》用 4 个条文分别规定了四级法院审理案件的不同职权)；^{〔21〕}(3) 上级检察院可以行使的对下“领导”权,包括指令下级检察院纠正、撤销、变更错误决定,指定下级检察院管辖案件,直接办理下级检察院管辖的案件；(4) 下级检察院应当执行上级检察院的决定,即便有不同意见,也只能在执行该指令的同时做出报告。

由此可见,立法者在做出授权规定时,是将“全国四级检察机关”视为了一个整体,并且允许其在检察系统内部通过“上命下从”的方式行使权力。国内普遍认为,这是“检察一体化”在法律规范层面的体现。所以对于《宪法》第 136 条、《人民检察院组织法》第 4 条规定的“人民检察院依照法律规定独立行使检察权”,往往都理解为“检察系统”“检察权”而非“某一个检察院”的独立。^{〔22〕}有学者更是提出,“除了法律明确规定只能由最高人民检察院或上级人民检察院行使的职权外,法律赋予检察机关的职权每一级人民检察院都有权行使”。^{〔23〕}

但是客观来讲,正如有学者指出,上述规定过于原则,对于上级检察院行使对下“领导权”的范围、方式和程序,都缺乏明确规定。^{〔24〕}实践中,检察系统着力强化这种领导权,^{〔25〕}在一定程度上对“检察一体化”理论产生了误读,进而造成了上下级检察机关之间“领导”关系绝对化、检察权运行过度行政化的问题。^{〔26〕}学界对此普遍认为,检察权的配置具有地区性和层级性,各地各级检察院都是依法享有独立办案权、以自己名义实施公法行为并独立承受相应法律后果的司法执法主体。所以,按照国家权力依法配置、依法行使的原则,“检察一体化”要有一定限度,在加大上级检察院领导力度的同时,也应当重视该“领导权”行使的规范化,尊重、保障下级检察院相对独立的权力与责任。^{〔27〕}

据此来看本文所涉问题可以发现:由二审检察院独立提出抗诉请求,一方面符合检察体制“一体化”特征及其“上命下从”的行为准则,另一方面也没有破坏“下级检察院独立性”与“检察一体化”之间的平衡,所以是国内检察制度及其理论能够许容的做法。

〔20〕 参见《宪法》第 132 条、第 137 条,《人民检察院组织法》第 10 条、第 20 条、第 24 条、第 25 条的规定。

〔21〕 有学者曾对此归纳称,《人民检察院组织法》形成了四级检察机关职能配置上的“圆柱形”重叠。参见韩成军:《不同层级检察机关的功能定位与权限划分》,载《河南社会科学》2016 年第 2 期。

〔22〕 参见陈国庆:《论检察》,中国检察出版社 2014 年版,第 150 页;章群:《我国上下级检察机关关系检视与构建》,载《学术论坛》2016 年第 7 期。

〔23〕 姜伟:《论检察》,中国检察出版社 2014 年版,第 41—42 页。

〔24〕 樊崇义:《论检察》,中国检察出版社 2013 年版,第 249 页。

〔25〕 最高人民检察院在 1999 年《检察工作五年发展规划》中提出,要健全上下一体、政令畅通、指挥有力的领导体制,2007 年又印发《关于加强上级人民检察院对下级人民检察院工作领导的意见》,要求加强检察工作一体化机制建设并提出了若干具体措施。

〔26〕 关于该问题的具体表现和弊端,参见罗庆华、颜翔:《论上下级检察机关领导关系的规范化——对检察工作一体化机制的反思与检讨》,载 2013 年《诉讼法修改与检察制度的发展完善——第三届中国检察基础理论论坛文集》。

〔27〕 参见郝战红:《上下级人民检察院工作领导关系新探》,载《法学杂志》2009 年第 8 期;向泽选:《检察权的宏观运行机制研究》,载《人民检察》2012 年第 2 期;龙宗智:《论检察》,中国检察出版社 2013 年版,第 219 页;谢小剑、张玉华:《检察机关上下级领导关系的规范化》,载《人民检察》2014 年第 12 期;见前注〔22〕,章群文。

第一,该做法符合检察“一体化”原则的内在精神。从《宪法》《人民检察院组织法》设置的“一体化”检察体制来看,能够行使某项抗诉权的,是“依法有权提出抗诉的检察院+该院的上级检察院”这样一种组合。这在刑事诉讼级别管辖制度和抗诉二审制度中,主要就体现为原审检察院及其上一级检察院的分工配合——原审检察院在上一级检察院的领导下,代表检察机关对外表达初始意见、启动抗诉程序;此后,上一级检察院在二审环节进一步发表检察意见。期间,原审检察院因为熟悉案情并且是法定的抗诉二审程序启动者,首先居于抗诉工作的主动地位;上一级检察院则具有双重身份:一方面,它对原审检察院的抗诉工作具有主导地位;^[28]另一方面,因为在二审环节正式接手案件,它又能最终取得抗诉工作的主动地位。按照“上命下从”的关系定位,上一级检察院不必受制于下级检察院的意见,所以其始终有权独立提出抗诉请求。

第二,该做法无损于下级检察院的独立性。(1)不会减弱下级检察院的抗诉主体责任。如前所述,原审检察院自始熟悉案情,是提出抗诉从而启动二审程序的法定主体,其始终对此承担第一责任,不会因为上一级检察院有权独立提出抗诉请求就出现责任减损。而且,检察系统在实践中针对抗诉工作设置了高权重的考核指标,也会促使下级检察院持续保持提出抗诉的积极性。(2)不会影响下级检察院处理在办案件。一些学者认为上级检察院应当最大程度尊重下级检察院办理个案的独立权而不要发布指示、命令,主要理由是司法办案讲究亲历性,所以身处办案一线的下级检察院最有处断案件的资格。^[29]那么,二审程序启动后,上一级检察院的身份恰恰是办案的“亲历者”,它已经从下级检察院手中承继了办案“接力棒”,提出抗诉请求是对本院在办案件发表意见,并不损害下级检察院的办案独立性。^[30]

(二) 延伸并正确行使诉权的要求

二审抗诉程序启动后,上一级检察院是诉讼对抗的实际参与者,也是诉讼发起方在后续诉讼进程(特别是二审庭审中)延伸诉权、继续支持公诉的实际代言人。实践中,对于有上诉诉求(包括上诉、抗诉并存)的刑事二审案件,审判长当庭归纳上诉状的内容后,都会询问上诉人是否还有补充,从而允许其自由表达诉讼请求。与之对应,二审检察院作为“两造”的一方,表达自己的诉讼主张是当然之义。如果只能在“支持抗诉”“部分支持抗诉”“撤回抗诉”的选项中“做减法”,二审检察院就成了原审检察院的“复读机”,或是仅有“对内否决权”而无“对外发表意见权”的监督者,明显和其“诉讼主体”的角色定位不符。

当然,出于“最大程度保障被追诉人合法权益,合理限制追诉机关权力”的刑事诉讼基本理

[28] 这种“主导”地位体现为:原审检察院提出抗诉的,上一级检察院可以撤回;原审检察院没有提出抗诉或是提出了抗诉但不全面的,上一级检察院在抗诉期限届满前都可以发出原审检察院必须执行的抗诉指令,进而必然启动对某案、某人、某事的二审抗诉。而且,与原审检察院提出抗诉但“效力待定”不同,经上一级检察院指令提出的抗诉其实更具有完整、稳定的效力,一般不会被撤回。

[29] 参见张智辉:《论检察》,中国检察出版社2013年版,第397—400页;前注[27],向泽选文。

[30] 相比之下,其实撤回抗诉制度更容易导致原审检察院丧失实质抗诉权而仅有抗诉建议权,被挫伤抗诉积极性,所以一些研究人员曾建议取消二审检察院撤回抗诉的权力及其制度设计。参见李建国、金志锋:《我国二审刑事抗诉制度之重构浅探》,载《法学杂志》2007年第5期,第103—105页;余德峰、王建荣:《刑事抗诉运行机制实证分析》,载《中国刑事法杂志》2009年第11期,第102—106页;刘突飞、王宇飞、李佳:《论我国刑事二审抗诉制度的缺陷及立法建议》,载《政治与法律》2009年第11期,第148—153页;曲卫东、张宇:《刑事二审抗诉制度之完善——以比较法为视角的展开》,载《黑龙江社会科学》2010年第6期,第141—144页。但是,很难想象当上级检察院认为抗诉有误时,还必须派员出席二审法庭“违心”支持抗诉的场景。这种观点既不符合国内检察系统“上命下从”的体制,也不符合检察机关应当坚守客观公正义务的原则,还会造成司法实践的尴尬场面,所以很难得到更多认同。

念,在授权方面,检察机关的抗诉权不能与被告人的上诉权简单对比、一概而论,而要有所限制。在英美法系国家,刑事上诉权被视为被告人的法律救济权,所以一般不允许检察官提出上诉(即我国的“抗诉”),特别是不能就事实问题和一审无罪判决提出上诉,否则就违反了“禁止双重危险原则”。但是,一方面,英美法系国家的做法是对“检察系统”作为控方的整体制约,而非专门限制二审检察院的上诉请求表达权;另一方面,我国和大陆法系国家一样,认为抗诉(德国、日本称为“抗告”)具有法律监督性质,所以赋予了检察机关广泛的抗诉权。目前国内对检察机关提出抗诉的特别限制,主要体现为:允许被告人“口头上诉”“无理由上诉”,但要求检察机关提出抗诉必须采取书面形式并说明理由。这些情况,都无损于二审检察院独立行使抗诉请求表达权。

此外,上一级检察院在二审环节延伸诉权、提出诉讼请求,当然也需要遵守相应的二审诉讼规则。比如,所提诉讼请求不能超出原审公诉的范围,不能架空二审终审制度。这涉及对二审检察院新增抗诉请求进行合理限制的问题,将在下文专门探讨。

(三) 发挥诉讼监督职权的题中应有之义

在检察语境下,抗诉权属于典型的诉讼监督权。毫无疑问,允许二审检察院独立提出抗诉请求,是检察机关更好履行诉讼监督职责、推动实现司法公正的应有之义。

第一,二审检察院更能坚守客观公正立场。刑事诉讼中,原审检察院对案件提起公诉(前期可能还开展了提前介入引导侦查工作、批捕工作),后因法院判决结果与控方诉求存在差异,遂提出抗诉。这样的情况下,原审检察院难免会有先入为主、一以贯之的认识和“扳回一局”的情绪,甚至还有“把握机会完成抗诉工作考核任务”的内在动机。相比之下,上一级检察院地位更高,不必受原审检察院的制约;绝大多数情况下没有介入案件前期办理工作,不存在明显的思维认识局限,也不会面临“难以自我否定”的桎梏;没有抗诉考核任务的压力(省级检察院),或者考核任务还可以通过其他地区的抗诉案件来完成(市级检察院),一般也就不会产生“有枣没枣打一杆子”的抗诉权滥用心态。总的来看,上一级检察院带着这种“平常心”审查案件,在二审环节提出抗诉请求会更为理性、客观。

第二,二审检察院更能提出全面、科学的抗诉意见。总体来讲,上级检察院的日常办案工作审查更细、研究更深,而且在长期办理二审抗诉案件的过程中积累了相应经验、教训,更了解同级法院持有的审理思路、掌握的裁判标准,从而能够提出更符合案件客观事实和二审法院观点认识的抗诉请求。此外,国内检察机关对二审案件办理工作的定位是“强化法律监督,继续支持公诉”,所以上一级检察院公诉人员普遍将发现、纠正原审错误视为二审审查工作的首要任务和突出自己办案能力、办案成绩的重要内容。在这样的观念引导和能力支撑下,二审检察院独立提出的抗诉请求,往往是检察机关发挥诉讼监督职能的良好体现。

第三,更能够实现监督纠错的有效性、及时性。诉讼监督的目的在于,要尽早纠正已有诉讼行为及其结果的实体性、程序性错误,实现司法公正。如果履行客观公正义务、秉持强化监督理念、深入审查案件事实的二审检察院发现了原审错误,却只能对原审检察院没有提的抗诉请求不管不问,或是对原审检察院虽已提出但不太正确的抗诉请求不予变更、勉强支持,又或是非要等到二审终审以后再启动审判监督程序,都会有损于司法公正和二审纠错的功效。^[31]当然,此种纠错功效不能和保障被告人合法权益的价值相冲突,但是正如本文一再提到的,不能为此就因噎废食地直

^[31] 实践中,由于启动审判监督程序比较困难、成本较高,对于一些非原则性问题,办案人员、办案部门往往都是“放过不纠”。

接否定二审检察院独立提出抗诉请求的资格。实践中,二审检察院新增的一些抗诉请求并不会侵犯被告人的合法权益,甚至有的还是为了被告人的利益而予新增。所以,“原则上授权许可,辅之以合理限制”,才是对二审检察院独立提出抗诉请求权的应有态度。

四、二审检察院新增抗诉请求的权力边界与规制

(一) 执行审级制度:不能任意新增超出起诉范围的抗诉请求

国内普遍认为,二审检察院支持抗诉发表的意见,不能超出起诉指控的事实和主张。这是因为:(1) 确定起诉对象、划定起诉(审判)范围,是下级检察院在一审程序中的职权。上一级检察院在二审环节只能履行对某人某事的“继续指控”职能,而不能越俎代庖地对该人该事直接“启动追诉”。否则,审级制度下的各级检察院职能划分和下级检察院的独立性会受到根本性破坏。(2) 一审法院受“不告不理”原则的约束,不能“不诉而判”。在公诉机关存在“漏诉”的时候,即便一审判决与涉案证据、事实不符,但这也是公诉机关的责任而非一审法院的错误,所以该类情况缺乏抗诉的责任主体和对象。^[32] (3) 如果允许在抗诉二审环节增加一审起诉没有提出的指控请求,必然导致被告人在有关事项上只能接受一次审判,这无异于变“二审终审”为“一审终审”,剥夺了被告人的上诉权。

实践的难题在于:如何科学限定“一审起诉指控事实及其主张”的范围?在我国刑事司法“诉因”理论相对欠缺、起诉书制作方式有待改善、一审程序尚未践行“诉审同一”理念的情况下,“抗诉请求有没有超出起诉范围”未必是一个容易判断的问题。

比如,原审检察院以A罪起诉,后因法院判处B罪或判处A罪但量刑畸轻,遂提出抗诉。二审检察院审查后认为被告人构成C罪,于是支持抗诉并提出这一新的抗诉请求。此种做法是否超出了原审起诉的范围?

又如,实践中由于工作疏忽,原审检察院有时会出现“漏诉”特定情节的情况,即原卷证据能够反映出被告人还有加重处罚情节,但原审公诉没有指控。其中,有的是在起诉书中完全没有提及相应事实(漏诉事实),有的则是在指控事实中记载了该情节,但在“本院认为”部分没有提出相应指控意见,也没有引用相关法律条款(漏提主张)。一审判决后,原审检察院因其他事项提出抗诉(继续忽略该加重处罚情节),如果二审检察院发现了该问题进而新增抗诉请求,是否超出“起诉范围”?实践中对此存在争议。一些检察官认为,如果一审、二审指控的犯罪事实和提出的证据均无变化,二审检察院新增加重处罚情节的抗诉请求就与原审起诉不存在矛盾,因为这“只是对部分事实作何法律评价以及适用哪一档量刑幅度持不同意见”。^[33]但是,法院往往不认可这种观点。

笔者认为,在“抗诉请求有没有超出起诉范围”的问题上,可以把握一个适中标准,即“不能突破原审检察院指控的犯罪事实,但可以不同于原审检察院提出的法律适用意见”。这是因为:一方面,如果二审检察院新增的抗诉请求涉及原审检察院起诉书没有指控的犯罪事实(包括应当处罚

[32] 参见前注[17],高亚莉、黄小明文;黄清明、钟晨:《刑事诉讼二审抗诉范围之探讨》,载《贺州学院学报》2011年第3期,第57—59页;薛洁、王阳:《刑事二审抗诉抗辩范围探析》,载《黑龙江政法管理干部学院学报》2013年第5期,第110—112页。

[33] 北京市人民检察院法律研究室:《刑事疑难案例参阅——危害公共安全罪·破坏社会主义市场经济秩序罪·侵犯公民人身权利、民主权利罪》,中国检察出版社2015年版,第262页。

的独立罪行和应当加重处罚的情节),会对被告人“可获得二审救济”的权利造成较大损害,所以有必要绝对禁止。此时,即便原卷证据能够提供足够证明,但是只要起诉书“经依法审查查明”部分没有载明该事实,上一级检察院就不能通过新增抗诉请求的方式在二审环节直接追诉。对于这种“漏诉事实”,如果它与已起诉事实具有较强关联性,^[34]又或者构成同一罪名,^[35]认定后会对已起诉事实的定罪、量刑产生直接影响,二审检察院就可以新增抗诉请求建议将案件发回重审,再由原审检察院补充起诉;否则,就只能由检察机关另行起诉。另一方面,由于目前国内尚未广泛接受“诉审同一”理论,立法、实践也都允许一审、二审法院在查明案件事实的基础上直接判定检察机关没有指控的罪名,所以对二审检察院提出的法律适用意见也不宜严格限制在起诉主张的范围内。总的来说,如果二审检察院立足起诉书载明的事实,新增不同于起诉书的法律适用意见,或者新增起诉书的“漏提主张”,应予获准。

(二) 落实“上诉不加刑”原则: 不能任意新增对被告人不利的抗诉请求

“上诉不加刑”原则的意义在于,让被告人不会为自己或同案人提出上诉而在二审环节遭受更重处罚,从而消除其上诉顾虑,保障其上诉权。依照《刑事诉讼法》的规定,检察机关提出抗诉时,二审判决不受“上诉不加刑”原则的限制,但抗诉必须在 10 天内提出,以免被告人长期面临仍有变数的刑事追诉。对此需要首先匡正两点基本认识:

一是“可以加重刑罚”的抗诉效力,是“就人、就罪名不就全案”。(1) 抗诉效力“只就人不就全案”。虽然《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》(以下简称《最高法刑诉解释》)第 325 条第 2 款提道,“人民检察院抗诉的‘案件’,不受前款规定(‘上诉不加刑’)的限制”,但该解释第 326 条明确规定,“人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉,第二审人民法院不得对其他同案被告人加重刑罚”。所以,原审检察院对某一个被告人提出抗诉虽能阻止全案判决生效,但在“可以对被告人加重刑罚”的问题上,抗诉的效力仅限于被抗诉人个人。(2) 抗诉效力“只就人且只就罪名”。《最高法刑诉解释》第 325 条第 3 项规定,“原判对被告人实行数罪并罚的,不得加重决定执行的刑罚,也不得加重数罪中某罪的刑罚”。显而易见,最高人民法院认为“上诉不加刑”原则对被告人权利的保护应当深入到以罪名为单元的层面,从而为被告人提供更全面、更彻底的权利保障。^[36]基于此种思路,实践中对“上诉不加刑”原则的适用进一步延伸到了以罪名为单元的层面,即对于上诉案件被告人涉及的每一个罪名(当然,还包括立功、自首等独立量刑情节,下同),二审环节都不能做出不利于上诉人的处理。因此,检察机关提出抗诉后,“可以对被告人加重刑罚”的效力也要以罪名为边界。换言之,如果原审检察院提出的抗诉只是针对某个被告人所涉

[34] 对此可以借鉴德国法对“诉讼标的同一性”、日本法对“公诉事实同一性”的判断标准,即在一个普通人看来,被告人的行为可以成为一个有机整体或者通俗地说可以成为一个故事,经考察行为的时间、地点、方法、对象等基本因素,如果两个事实的基本关系之间存在亲近性、密切关联性、共性,就可以认定相关诉讼标的或事实具有同一性。参见林钰雄:《变更起诉法条与突袭性审判》,载林山田主编:《刑事法理论与实践》,台湾学林文化事业公司 2000 年版,第 14 页;[日] 田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 258 页。

[35] 《最高人民法院关于判决宣告后又发现被判刑的犯罪分子的同种漏罪是否实行数罪并罚问题的批复》提到,二审期间发现原审被告人在一审判决宣告以前还有同种漏罪没有判决的,二审法院应当依照《刑事诉讼法》的规定裁定撤销原判,将案件发回原审人民法院重新审判。

[36] 这种以“罪名”为单元的区分思路,在我国刑事司法中比较常见。比如,在自首认定的问题上,对于被采取强制措施犯罪嫌疑人、被告人,只有在其如实供述司法机关尚未掌握的“不同种罪行”时,才能以自首论。如实供述“同种罪行”的,只能构成坦白。参见最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 2、4 条,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》第三部分的规定。

的部分罪名,在“上诉不加刑”原则的保护下,二审环节仅能在被抗诉罪名的范围内,对该被告人加重刑罚。

二是抗诉期限对于检察机关启动二审程序进而“可以加重处罚”的限制,是“就人不就意见、不就理由”。对比上诉权、抗诉权可以发现:(1)法定期限内没有提出上诉的被告人,在二审环节只能作为“原审被告”参与诉讼,二审法院不可能允许其申请成为新补充的“上诉人”。^{〔37〕}同样的道理,无论二审检察院还是原审检察院,在案件抗诉期满后都丧失了对原审被告提出二审抗诉的权力。即便全案因为某个被告人被抗诉而进入了二审程序,检察机关都不能再追加被抗诉人并对其进行加重处罚。(2)对于法定期限内提出了上诉的被告人,二审法院不会将其诉讼请求限定在上诉状的范围内,而是允许其进一步补充上诉请求。这种“补充”是任意性、开放性的,不会有“不能突破某项罪名”“不能突破某项上诉意见或理由”的限制。同样的道理,抗诉期限也应当视为检察机关对某个被告人提出抗诉、启动二审抗诉程序的时限,而非划定抗诉所涉罪名、提出具体抗诉意见及理由的限制。

据此就能明确,二审抗诉案件如果存在“当抗未抗”的问题,应当分别采取以下态度予以处理:

第一,允许二审检察院新增有利于被告人的抗诉请求。这种做法与“上诉不加刑”原则并无冲突,不应当受到限制。从节约诉讼资源、尽早维护被告人合法权益的角度考虑,对其恰恰还应予以鼓励。值得一提的是,二审检察院能否为了原审被告人的利益而将其新增为被抗诉人呢?表面上来看,这一做法突破了抗诉期限“就人不就案”的限制,但是笔者认为,设置二审抗诉期限的目的是要保障原审被告人的合法权益,避免其长期处于“判决无法生效、自己可能被加重处罚”的处境。所以,允许二审检察院为了原审被告人的利益而将其新增为被抗诉人,在诉讼价值方面与抗诉期限的规定具有同向性。考虑到此种做法能够借助已有司法资源(已经启动的二审程序)尽早实现纠错维权,可以将其作为“二审抗诉期满后不能新增被抗诉人”的特例。

第二,禁止二审检察院新增需要加重处罚的被抗诉人。如果允许二审检察院新增被抗诉人并且提出对其不利的诉讼请求,会让原本没有被抗诉的被告人在二审环节面临随时可能被加重刑罚的潜在威胁,这有悖于“上诉不加刑”原则和抗诉期限的设置初衷,也不符合前述“就人不就全案”的要求。^{〔38〕}值得一提的是,《最高法刑诉解释》第311条第2项规定了“上诉不加刑”的例外情形,即“原判事实清楚,证据确实、充分,只是认定罪名不当的,可以改变罪名,但不得加重刑罚”。该项规定的目的,是在无损被抗诉人实质性权利的同时,对定性问题及时纠错。借鉴此种思路,可以考虑将“二审检察院新增被抗诉人,请求对其改变比原审判决更重的罪名,但不加重刑罚”的情况,作为“禁止二审检察院新增被抗诉人并对其提出不利诉讼请求”的例外。

第三,对于法定期限内原审检察院提出了抗诉的被告人,可以但也只能在该抗诉请求所涉罪名的范围内,允许二审检察院新增不利于该被告人的抗诉请求。这是因为,虽然抗诉时限的规定不直接阻止二审检察院“跨罪名”增加抗诉请求,但是当该抗诉请求不利于被告人时,会让原本没

〔37〕 只是出于最大程度保障被告人权利的考虑,在行使辩护权、获得有利改判权等方面,允许没有上诉的原审被告人享有等同于上诉人的权利。

〔38〕 对此需要纠正一种错误认识,即有检察官认为,鉴于检察一体化原则,对于《最高法刑诉解释》第326条规定可以提出抗诉的“人民检察院”,不应当片面理解为“下级检察院”,而要理解为具有整体意义的“检察机关”,所以当二审检察院新增被抗诉人时,应视为检察机关对其提出了抗诉。参见前注〔6〕,赵鹏文。实践中,也有检察官用这种“思路”来当庭答辩、应对质疑。但是,遵循检察一体化原则并不意味着上级检察院在行使对下领导权的时候没有权力边界,上述观点与“上诉不加刑”原则和抗诉期限有关规定的精神明显不符,所作论述过于牵强,应予摒弃。

有被抗诉的罪行所涉刑罚效果缺乏稳定性,进而让被告人在二审环节面临因涉案其他罪行而被随时加重刑罚的潜在威胁,这有悖于前述“上诉不加刑”原则“就人还就罪名”的要求。因此,二审检察院新增的抗诉请求,应当以原审检察院提出抗诉针对的罪名为边界。在此基础上,鉴于前文第二点提到的原因,可以将“允许二审检察院在抗诉书所涉罪名外新增抗诉请求,建议对被告人改变比原审判决更重的罪名但不加重刑罚”的情况,作为“禁止二审检察院对被抗诉人跨罪名新增不利抗诉请求”的例外。

(三) 保障辩护权: 不能“突袭”新增抗诉请求

如前所述,要防止抗诉“突袭”、保障被抗诉人对二审环节新增抗诉请求的辩护权,通过操作层面的机制构建就能实现。目前对此有三种方案:(1) 二审检察院指令原审检察院制作变更抗诉书,再通过原审法院送达二审法院,后者负责送达被抗诉人及其辩护人。(2) 允许二审检察院向同级法院发送变更抗诉书或补充抗诉书,^[39]再由后者送达被抗诉人及其辩护人。(3) 原审检察院提出抗诉时制作抗诉书和抗诉理由书,其中,抗诉书用于送达法院启动二审程序,其内容简洁明快,只需要表述抗诉原因是“一审判决确有错误”,不提出具体意见和理由;抗诉理由书记载抗诉理由并按照内部程序报送上一级检察院,后者审查案卷材料后制作向二审法院送达的抗诉理由书,再由二审法院送达有关当事人。^[40]

笔者认为,既然二审检察院具有独立的抗诉请求表达权,就应当允许其直接提出抗诉请求,从而起到避免程序回流、实现化繁为简、节约诉讼资源的效果。此时,原审检察院主要负责启动二审抗诉程序,二审检察院代表两级检察机关就抗诉请求发声,还有助于从根本上避免两级院对外表达抗诉请求出现矛盾的尴尬局面。所以,上述第三种方案既能彰显上一级检察院在二审抗诉程序中的作用,又能兼顾被告人的辩护权,还有助于提高诉讼效率、解决现有矛盾,应当作为下一步完善国内抗诉制度、健全检察机关抗诉工作联动机制的发展方向。

而且,方案三的实际运作也不会带来其他方面的明显弊端。(1) 不必担心原审检察院“只提出抗诉但不向法院说明理由”就会滥用抗诉权。与德国、日本设置了对上诉、抗告申请的审查程序而实践中上级法院可以不接受检察院的抗告不同,我国原审检察院提出的抗诉必然引起二审诉讼,所以无论抗诉书说理是否充分,都不能起到过滤非理性抗诉的效果。事实上,对于“促使原审检察院审慎抗诉”发挥了关键作用的,并不是“抗诉书应当充分阐述抗诉理由”的现有要求,而是检察系统内部对“上级检察院支持抗诉率”“二审法院改判或发回重审率”的考评机制。这种机制在方案三的模式下,仍能发挥作用。当然,在抗诉书中载明抗诉理由有助于原审检察院检委会会议对其详加审议,但这一效果同样可以通过审议拟向上一级检察院报送的《抗诉理由书》来实现。(2) 不必担心抗诉质量受到影响。实践中往往认为,原审检察院制作抗诉书要将抗诉理由说透、说充分,才有助于得到上一级检察院的支持并最终被二审法院采纳。^[41]但是,对于原审检察院而言,为了得到二审检察院的支持,同样会认真撰写内部报送的抗诉理由书;对于二审法院而言,原审检察院的抗诉请求在二审环节不是被撤回,就是被重申,所以二审检察院的意见及其说理才是影响案件处理结果的关键。方案三的做法,不会对抗诉质量造成影响。^[42]

[39] 参见贺恒扬:《刑事抗诉制度的立法完善》,载《西南政法大学学报》2007年第1期,第75—79页。

[40] 参见前注[3],赵鹏文;前注[6],庄伟、赵鹏文;前注[6],赵鹏文。

[41] 参见于书峰:《提高刑事抗诉质量“五部曲”》,载《检察日报》2014年3月2日,第3版。

[42] 当然,为促进辩方了解二审检察院新增抗诉请求是否超出了合理范围,方案三在实际运行时还需要进一步调整、细化。对此,笔者将在下文介绍。

五、结语：兼论“抗诉请求”及其相关概念的区分与表述

对于检察机关提出抗诉的诉讼请求,最高人民检察院发布的司法解释、规范性文件采用了“抗诉请求”“抗诉意见和理由”“抗诉意见”“抗诉理由”等多种表述方式,却又无章可循。实践中,检察人员还惯于使用“抗点”一词,认为找准“抗点”是提高抗诉案件办理质量的关键所在,^[43]个别官方文件也会采用这一表述。^[44]此外,司法人员、研究人员还使用了“抗诉事项”“抗诉对象”等用词,但有的把“抗诉对象”视为“抗诉事项”,有的把“抗诉对象”看作被抗诉人。总的来看,目前国内对“抗诉请求”及其相关概念的使用较为混乱。

为准确表述二审检察院可以新增哪些抗诉请求,有必要先厘清下列概念:(1)“抗诉对象”,是检察机关所提抗诉针对的被告人,即被抗诉人。(2)“抗诉事项”,是所提抗诉针对的事实,包括一审判决错误认定的案件事实和一审法院办案违反法律规定的情况。^[45]其中,犯罪事实是以“同种罪行”作为“抗诉事项”的评价单元,^[46]立功、自首等量刑情节和一审法院办案违反法律规定的情况,以该独立事实作为评价单元。(3)“抗点”是实践中的口语化表述,应系“抗诉对象”+“抗诉事项”的集合概念,意在表示“何人何事所涉判决存在错误”,从而区别于其他“抗点”。(4)“抗诉意见”,应系检察机关抗诉时,结合有关规定,指出一审判决有何错误、应当如何纠正的结论性见解主张。如,“一审判决关于被告人杨某犯抢劫罪的量刑畸轻,应当判处杨某十年以上有期徒刑”。(5)“抗诉理由”,是检察机关针对其提出的“抗诉意见”,深入阐述有关事实及法律依据的具体观点。(6)“抗诉请求”,是检察机关作为抗诉机关向法院提出的诉讼请求的统称,包含上述各项概念的内容。

在此基础上,结合前文分析就能明确,二审检察院有独立的抗诉请求表达权,可以新增抗诉请求,但要注重保障被告人的应有诉讼权利,遵循以下规则体系:(1)新增的抗诉请求不能超出原审起诉书所指控事实的范围,但可以提出不同于起诉书的法律适用意见。(2)在起诉书指控事实的范围内,如果是为了被抗诉人的利益,可以突破原审检察院抗诉书的内容,新增抗诉对象、抗诉事项和抗诉意见、抗诉理由。(3)如果新增抗诉请求会对被抗诉人产生不利后果,就不能超出抗诉书的范围新增抗诉对象,也不能超出抗诉书涉及的抗诉事项。此时只能在抗诉书针对的抗诉对象、抗诉事项范围内,新增抗诉意见和抗诉理由。(4)二审检察院新增抗诉对象、抗诉事项、抗诉意见,要以书面形式及时送达二审法院,以便后者在开庭前送达被抗诉人及其辩护人,并留足时间供其做好辩解、辩护准备。必要时,可由法院组织召开庭前会议,确定原审检察院能够新增的抗诉请求。

为有效运行上述制度,建议至少由省级以上检察院联合同级法院印发规范性文件,从而明确有关做法。检察系统内部还要改进抗诉书的制作方式,以便诉讼各方辨析二审检察院可以新增抗诉请求的范围。为此,可将前述保障被告人辩护权的第三种方案进一步调整、细化

[43] 参见成懿萍:《刑事抗诉工作中如何找准抗点之实证分析》,载《中国检察官》2014年第4期;薛长义:《找准抗点确保刑事抗诉质效》,载《检察日报》2016年9月23日,第3版。

[44] 如,最高人民检察院公诉厅2012年《关于办理适用简易程序审理的公诉案件座谈会纪要》第十九部分提到,“简易程序案件都在三年有期徒刑以下量刑,量刑幅度小,抗点寻找困难”。

[45] 案件事实,包括犯罪事实和坦白、自首、立功、赔偿谅解等归案后的量刑事实;办案违反法律规定的情况,包括合议庭组成不合法,违反审判公开、回避有关规定,审判人员贪污受贿、枉法裁判等依法可以提出抗诉的情况。

[46] 即,多个犯罪行为构成一罪的,不以单个行为作为评价单元。

为：（1）原审检察院的抗诉书无须载明具体的抗诉理由，但必须明确抗诉对象、抗诉事项和抗诉意见。抗诉期满前，公诉机关可以通过书面形式对此做出变更；抗诉期满后，抗诉书发生效力，抗诉范围据此确定，检察机关不能再超出该抗诉对象、抗诉事项的范围提出不利于原审被告人的抗诉请求。此件由法院送达被告人及其辩护人，以便后者了解抗诉范围、做好辩护准备。（2）原审检察院制作抗诉理由书，应当立足抗诉书指向的抗诉对象、抗诉事项，详述抗诉意见及其理由，报送上一级检察院。此件作为检察机关内卷，被告人及其辩护人不可查阅。（3）二审检察院经审阅案卷材料和抗诉理由书，认为需要支持抗诉的，应当制作支持抗诉意见书，载明支持的原审检察院抗诉请求和本院认为应当新增的抗诉请求，在阅卷完毕、归还案卷材料时一并送达二审法院。

Abstract Regarding whether the Second-Instance procuratorial organ can add the protest requests not covered by the protest legal documents of the original procuratorate, there is no provision in the Criminal Procedure Law, and neither the Supreme People's Procuratorate nor the Supreme People's Court has put forward comprehensive and clear opinions, which leads to different practices of procuratorates and courts in practice. There is a lack of attention in this area of research, and the existing research is not convincing enough. Allowing the Second-Instance Court independently file a request for protest, which is versatile under the domestic procuratorial system, and it is also the requirement for the procuratorial organs to extend and exercise their right to appeal correctly, as well as the proper meaning of exerting the power of litigation supervision. In order to guarantee the defendant's right of defense, the right of final adjudication of the second instance and the right related to the principle of "no additional penalty on appeal", we should adopt the attitude of "authorization permission in principle + reasonable restriction", requiring that within the scope of the accusation of the first instance, the second-instance procuratorial organ can only add new protest requests in favor of the defendant, or to add new protest opinions and reasons against the object of protest and the matters of protest against the defendant, and to inform the Second-Instance Court, the defendant and their defenders in time. The procuratorates at or above the provincial level should standardize this and improve the production of legal documents for protest accordingly.

Keywords Procedure of Protest in Second Instance, Upper Level Procuratorate, Protest Request, No Appeal Resulting in Additional Punishment, Right of Defence

（责任编辑：林喜芬）