

# 上诉是否绝对不加刑

□ 古孟冬

“真是白折腾了!不是说上诉不加刑吗?怎么我上诉后又申请撤回上诉,还给我加了两个月的刑期?”日前,被告人盛某收到二审法院的刑事判决书后,在后悔莫及的同时,一脸困惑。

2017年10月,曾多次犯盗窃罪罪的盛某,再次刑满释放后,仍不思悔改,整日游手好闲,不去找个工作干。2018年6月至11月,盛某盗窃路边没锁门的车辆内现金2100元,以及手机、香烟等物。其间,盛某还盗窃摩托车1辆。

今年1月28日,公安机关以盛某涉嫌盗窃罪移送当地检察机关审查起诉。检察机关审查后认为,盛某能如实供述自己的犯罪事实,依法决定对他适用认罪认罚从宽制度。在值班律师的见证下,盛某自愿签署了认罪认罚具结书。同时,盛某认可检察机关结合累犯等因素对他提出的“十一个月以下有期徒刑,并处罚金”的量刑建议以及适用的程序。

3月1日,一审法院适用认罪认罚从宽制度开庭审理了盛某盗窃罪案,采纳了检察机关的量刑建议,当庭作出判决,以盗窃罪一审判决他有期徒刑十一个月,并处罚金4000元。

“判重了!”在一审法院宣判判决结果后,盛某突然反悔。3月8日,盛某提出上诉。得知盛某上诉后,检察机关依法提出抗诉。盛某在得知检察机关抗诉后,几番思量,最终觉得自己上诉也“划不

来”,害怕“得了芝麻丢了西瓜”。于是,3月19日,他又申请撤回上诉。

6月6日,二审法院作出判决,采纳检察院抗诉理由,认定被告人盛某对原判量刑提出上诉,表明他不再认罪,申请撤诉也是害怕加刑,因此不应再适用认罪认罚从宽制度,上诉人要求撤回上诉的申请依法不予准许。据此,法院作出二审判决,撤销原判决对盛某的量刑部分,维持定罪和其余部分,改判盛某有期徒刑一年零一个月,并处罚金4000元。

## 说法

上诉不加刑是指第二审法院审判被告人一方上诉的案件,不得以任何理由加重被告人刑罚的一项审判原则。我国《刑事诉讼法》第二百三十七条第一款规定,第二审人民法院审理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。这是我国关于上诉不加刑原则在法律中的具体体现,这有利于保障被告人依法行使上诉权,消除被告人的思想顾虑,以免其遭受因行使一项权利而获得更加不利的结果之风险,同时保证法院正确行使审判权。

所谓不加刑,具体包括以下方面内容:不得判处比原判决重的刑种,如将六个月拘役改为六个月有期徒刑;不得加重原判同一刑种的刑期或者增加罚金刑的金额;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;对于共同犯



罪案件中只有部分被告人上诉的,既不得加重提出上诉的被告人的刑罚,也不得加重其他未上诉的同案被告人的刑罚;对于数罪并罚的案件,既不得加重决定执行的刑罚,也不能在保持决定执行的刑罚不变的情况下,加重数罪中部分罪的刑罚;对应当适用附加刑而没有适用的案件,不得直接判决适用附加刑。

但上诉不加刑也有例外。《刑事诉讼法》第二百三十七条第二款规定,人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的,不受前款规定的限制。也就是说,检察机关提出抗诉或者自诉人提出上诉的案件,不受上诉不加刑原则的限制。

本案中,盛某提起上诉后,检

察机关提起了抗诉。故此二审法院撤销一审判决对盛某有期徒刑十一个月的量刑部分,改判其有期徒刑一年零一个月,符合法律规定。

此外,发回重审发现新事实的案件,《刑事诉讼法》第二百三十七条第一款还规定,第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件,除有新的犯罪事实,人民检察院补充起诉的以外,原审人民法院也不得加重被告人的刑罚。也就是说,为充分发挥发回重审制度的纠错功能,并非对于所有发回重审的案件,都要一律适用上诉不加刑原则,如发现新的犯罪事实,人民检察院补充起诉的,原审人民法院可以加重被告人的刑罚。

□ 连芳

日前,高阳县人民法院审结一起私售假盐案,邢某犯以销售不符合安全标准的食品罪,被判处有期徒刑一年,缓刑二年,并处罚金3.5万元,同时禁止邢某在缓刑执行期间从事盐业经营活动。

2018年4月12日晚8时许,邢某非法批发食盐13大袋(外包装为“精致工业盐”编织袋,产品标准号GB/T5462,内装小包装为“某某”牌餐饮专供加碘精制盐),其中每大袋内装25小袋,每小袋标称重量2.5公斤,实际重量1.65公斤,销售给某超市。但在运输途中,遇上盐务部门检查,邢某弃车、盐逃跑。经有关部门检测鉴定,上述盐属不含碘的不合格食盐,且属假冒产品。之后,涉案536.25公斤违规盐被有关部门没收。今年5月4日,邢某到高阳县公安局投案。

法院经审理认为,被告人邢某销售不含碘的不合格食盐,足以造成居民因碘摄入不足而引起的碘缺乏病这一严重食源性疾病的,其行为构成销售不符合安全标准的食品罪。鉴于邢某主动投案,并自愿认罪,依照《刑法》有关规定,法院最终酌情从轻对邢某作出了上述判决。

## 说法

《刑法》第一百四十三条规定,生产、销售不符合食品安全标准的食品,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;后果特别严重的,处七年以上有

期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。同时,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定,生产、销售不符合食品安全标准的食品,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第一百四十三条规定的“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的”:含有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质的;属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品的;属于国家为防控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的;婴幼儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的;其他足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的情形。

本案中,邢某为牟取不当利益,以不含碘的不合格食盐冒充加碘精制盐,在我省这一缺碘地区销售,根据《食盐加碘消除碘缺乏危害管理条例》第十六条“在缺碘地区销售的碘盐必须达到规定的含碘量,禁止非碘盐 and 不合格碘盐进入缺碘地区食用盐市场”的规定,其行为属于最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定中的“属于国家为防控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的”情形,足以造成碘缺乏病这一严重食源性疾病的,构成销售不符合安全标准的食品罪。故此,法院对邢某作出了判处有期徒刑一年、缓刑二年,处罚金3.5万元,并禁止其在缓刑执行期间从事盐业经营活动的判决。

# 一男子销售非法保健品被判有期徒刑并道歉

□ 王轩

近期,望都县人民法院审结一起销售假药刑事附带民事公益诉讼案,被告人左某犯销售假药罪,判处有期徒刑六个月,缓刑一年,并处罚金一万元;左某于判决生效后十日内在本地媒体公开道歉。

自2017年开始,左某无证销售玛卡五星、玛卡天然等非法保健品。经河北省出入境检验检疫技术中心保定分中心检测,其销售的非法保健品内含有“西地那非”成分。经河北省食品药品监督管理局认定,其销售的保健品为假药。

庭审中,左某对公诉机关指控的犯罪事实无异议,对附带民事公益诉讼起诉人的诉讼请求表示认可。

法院经审理认为,被告人左某通过非正常途径购入含有“西地那非”成分的假药进行销售,其行为构成销售假药罪,并已经严重危及众多消费者的人身安全,损害了社会公共利益,在承担刑事责任的同时,还应承担赔偿责任等民事侵权责任。对此,根据左某犯罪的具体事实、性质、情节和对于社会的危害程度,依照《刑法》的相关规定,法院最终对左某作出了上述判决。

## 说法

《刑法》第一百四十一条规定,生产、销售假药的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;致人死亡或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产。同时,《药品管理法》第四十八条规定,有下列情形之一的药品,按假药论处:国务院药品监督管理部门规定禁止使用的;依照本法必须批准而未经批准生产、进口,或者依照本法必须检验而未经检验即销售的;变质的;被污染的;使用依照本法必须取得批准文号而未取得批准文号的原料药生产的;所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的。

本案中,被告人左某无证销售含有“西地那非”成分的玛卡五星、玛卡天然等非法保健品,根据国家食品药品监督管理局办公室《关于发布保健食品中可能非法添加的物质名单(第一批)的通知》中“西地那非”被列为禁止添加物质的规定,该保健品属于《药品管理法》第四十八条规定的“国务院药品监督管理部门规定禁止使用的”情形,应按假药论处。故此,法院认定左某销售假药罪,对其作出了判处有期徒刑六个月,缓刑一年,处罚金一万元判决生效后十日内在本地媒体公开道歉的判决。

由于中药成分见效较慢,当前保健药品中存在一定程度的西药成分违法添加的问题,“黑名单”中禁用的“西地那非”甚至成为“网红”。但我们知道,不论是保健药品还是普通药品中添加西药,在用量不当、适用人群不明时,都可能严重危害服用者的人体健康。在此特别提示各位朋友,在购买药品时,一定要到正规医院和有合法经营资格的药店购买,并注意国家字号批文,树立科学养生观、健康观,杜绝购买“三无”药品。此外,一旦发现有限制假售假的行为,要勇于向相关部门举报,做食药安全的自觉维护者,保障我们的身体健康。

# 亲口立的遗嘱,为什么会被判无效

□ 古孟冬

张老爷子和王老太育有两个儿子、一个女儿。因王老太去世较早,张老爷子一直跟着大儿子张某某一家生活,小儿子张某某和女儿张某某因某种原因,对张老爷子几乎就没管过。张老爷子一次患病住院后,感觉自己来日不多,便让大儿子找个见证人写个遗嘱,以便把他的名下的两套房屋留给大儿子继承。之后,张某某找来自己生意上的两名合作伙伴许某、黄某当做见证人,并由自己亲自代书,按张老爷子的口述写下了遗嘱,张老爷子在遗嘱上签字、摁手印,许某、黄某作为见证人也在遗嘱上签字、摁手印。

5个月后,张老爷子离开人世。按照遗嘱,大儿子张某某要求继承老爷子留下的两套房产,但小儿子张某某和女儿张某某却认为遗嘱无效,故起诉到法院,要求依法继承遗产。

法院经审理认为,涉案遗嘱为代书遗嘱,应当有两个以上两名无利害关系的人在场的见证,由其中一人代书,并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。但本案遗嘱的见证人、代书人,都是与本案有利害关系的人,且没有代书人签名,存在严重效力瑕疵,应认定遗嘱



为无效。对此,法院最终作出判决,要求张某某、张某某、张某某按照法定继承分割二套房屋所有权。

## 说法

《继承法》第十七条规定,代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证,由其中一人代书,注明年、月、日,并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。《继承法》第十八条规定,下列人员不能作为遗嘱见证人:无行为能力人、限制行为能力人;继承人、受遗赠人;与继承人、受遗赠人有利害关系的人。此外,最高人民法院《关于贯彻执行〈继承法〉若干问题的意见》第三十六条规定,继承人、受遗赠

人的债权人、债务人,共同经营的合伙人,也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系,不能作为遗嘱的见证人。

本案中,张老爷子的遗嘱虽然由许某、黄某两个见证人现场见证,且在遗嘱上签名,但因其二人均系张某某的生意伙伴,与继承人有利害关系,不能作为见证人。同时,张某某是张老爷子的继承人,与其他继承人张某某、张某某之间存在利害关系,其不能作为代书人。此外,张某某作为代书人,在代书遗嘱上没有签字,也存在瑕疵。故法院认定该代书遗嘱无效,最终作出了张某某、张某某、张某某按照法定继承分割二套房屋所有权的判决。

# 以动漫城之名开赌场 三男子自作聪明落法网

□ 李忠勇 甄晓霞

近日,井陘县人民法院公开开庭审理一起开设赌场案,被告人郭某、沙某、蔡某均被判处有期徒刑二年,缓刑三年,并处罚金3万元。同时将3名被告人退赔的4.9万元违法所得和开设赌场设备依法予以没收。

2017年12月底,郭某先后向沙某借款7万余元,并雇佣沙某、蔡某等人在井陘县一小区租赁商铺开办动漫城。郭某负责找场地装修,并跑办证件,以蔡某的名义注册登记。该动漫城设置捕鱼机、压分机和游戏机等赌博设备,2018年1月21日开始营业。郭某、蔡某轮流值班经营,沙某负责记账、开车、做饭等,郭某还雇佣他人负责看店、收银等活计。2018年2月18日,该动漫城被公安机关查处,当场查获现金6800元及用于赌博的两组黄色外壳8台位捕鱼机、一组6台位捕鱼机、8台立式压分机(电子赌博机模型)。至此,动漫城从开始营业到被查获,共违法所得4.9万元。

2018年4月16日,沙某、蔡某主动向公安机关投案,并如实供述犯

罪行为。在案件审理过程中,郭某、沙某、蔡某共同退缴违法所得4.9万元。法院经审理认为,被告人郭某、沙某、蔡某利用赌博机开设赌场,情节严重,均已构成开设赌场罪。郭某在共同犯罪中起主要作用,系主犯,沙某、蔡某在共同犯罪中起次要作用,系从犯;郭某、沙某、蔡某均当庭认罪,态度较好,并共同退缴违法所得,沙某、蔡某主动投案,如实供述犯罪行为,系自首,并积极交纳罚金,依法可以从轻处罚。据此,依照《刑法》相关规定,法院对郭某、沙某、蔡某分别作出了上述判决。

## 说法

《刑法》第三百零三条规定,以营利为目的,聚众赌博或者以赌博为业的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金。开设赌场的,处三年以上有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。

我们可以看出,上述法律条文内含了两个罪名:聚众赌博罪和开设赌场罪。所谓聚众赌博,是指组织、招引

多人进行赌博,自己从中抽头渔利,这种俗称“赌头”,但其本人不一定直接参加赌博。所谓以赌博为业,是指嗜赌成性,一贯赌博,以赌博所得为其生活来源,这种俗称“赌棍”。所谓开设赌场,是指开设和经营赌场,提供赌博的场所及用具,供他人在此进行赌博,本人从中营利的行为;二是在计算机网络上建立赌博网站,或者为赌博网站担任代理,接受投注的行为。

聚众赌博与开设赌场均有为赌博提供场所、赌具等物质便利条件的行为,两者的区别在于:一是聚众赌博的规模一般较小,“赌头”通常利用自己的人际关系在小范围内组织他人参赌,聚众赌博行为中其成员相对固定;开设赌场具有一定的规模,参赌的人员众多,内部有严密的组织和明确的分工,有赌场服务人员在赌场内负责收费、记账、发牌或洗牌,有专人望风,参赌人员由赌徒介绍或熟人带路,才能进入赌场参赌。二是聚众赌博一般具有临时性、短智性的特点,组织参赌人员在一次赌博结束后,下次赌博又须再次组织;开设赌场具有持续性和稳定性特点,只要在其营业时间内,参赌人员来到赌场均能进行

赌博活动。三是赌具的提供,聚众赌博中的赌具有时由召集者提供,有时由参赌者自带;开设赌场中的赌具一般由赌场提供。四是聚众赌博的赌博方式一般由参赌人员临时确定;开设赌场的赌博方式具有多样性,一般由经营者事先设定,提供筹码,有时还有一定的赌博程。

本案中,被告人郭某、沙某、蔡某就是以营利为目的,利用赌博机开设赌场营业,内部管理有严密的组织和明确的分工,并为参赌者提供赌具,参赌人员来到赌场均能进行赌博活动,具有持续性和稳定性的特点,完全具备开设赌场罪的特征。因此,井陘法院以开设赌场罪,对郭某、沙某、蔡某作出了上述判决。

聚众赌博与开设赌场都是犯罪行为,无论对本人、对家庭和对社会都有极大的危害性。在此,办案法官提醒大家,一定要增强法治观念,自觉遵守法律,切勿参与聚众赌博、开设和经营赌场,也不要到网上建立赌博网站,或者为赌博网站担任代理,做到远离赌博祸害,珍惜美好人生,用自己的实际行动教育、影响和带动家人和朋友,共同营造和谐文明的社会环境。

