

2005年[总第十一集]



法律出版社

CRIMINAL TRIAL DIGEST 编辑委员会主任/姜兴长 主编/黄尔梅

刑事审判要览

主办/最高人民法院刑事审判第一庭

协办/全国各高级人民法院刑事审判庭 解放军军事法院刑事审判庭

2005年第二集「总第十二集」

刑事审判要览

主办／最高人民法院刑事审判第一庭

协办／全国各高级人民法院刑事审判庭

解放军军事法院刑事审判庭



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判要览·总第12集/最高人民法院刑事
审判第一庭主编. —北京:法律出版社,2006.1
ISBN 7-5036-6091-0

I. 刑… II. 最… III. 刑事诉讼—审判—中国
IV. D925.218.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第158750号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨扬 潘洪兴	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法律应用出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/6.75 字数/171千
版本/2006年2月第1版	印次/2006年2月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939647
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-6399781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-6091-0/D·5808	定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【办案笔谈】

- 附带民事诉讼的程序实务问题研究 张素莲(1)
论单位犯罪中单位意志的确定 包宇红 李松峰(20)
论刑事裁判文书的简写 贺平凡(31)

【法官释法】

- 罚金刑执行难的实证研究 邓英华(37)

【法旨政略】

- 最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件
适用法律若干问题的意见 法发[2005]8 号(56)

【论点撷英】

- 毒品犯罪司法实践中的疑难问题探究 徐 艳(62)
论教唆罪的设立 潘 莉(71)
试论建立专业未成年人保护机构 沈 利(117)

【专题研讨】

- 证据与犯罪构成 罗国良(123)

【世界之窗】

日本刑法与中国刑法的本质差别(节选) [日]西原春夫(184)

【本集索引】

本集相关内容链接索引 (194)

【附录】

《刑事审判要览》总第1—12集目录 (196)

致歉函 (209)

暂停出版通知 (210)

【办案笔谈】

附带民事诉讼的程序实务问题研究

——对几起刑事附带民事诉讼案 法律问题的探讨

□张素莲

在审理刑事附带民事案件时,经常会遇到一些程序性问题。由于相关的法律规定及司法解释过于原则,或者缺乏相应的规定,导致一些问题在处理上操作性不强,有的一种情况可以根据法律规定推导出多种选择。笔者拟对审判实践中遇到的程序问题结合具体案例稍作分析。

一、据以研究的案例

李某与王某二人因琐事发生争执后互殴,李某持械将王某打致重伤后,李某被抓获归案。王某在审理起诉阶段向公诉机关提交附带民事诉状,请求法院判令李某赔偿其经济损失及伤残补助费等费用。在法院审理过程中,王某对附带民事部分撤诉,决定另行提起民事诉讼。当王某向有管辖权的基层法院提起民事诉讼时,该基层法院拒绝受理此类案件。由于该案的刑事部分由中级法院审理,王某又向审理刑事案件的中级法院提起民事诉讼。在该民事案件被立案受理后,民事审判庭以该案不属于本院管辖为由,拒绝审理此案。后经协调,决定此案仍由审理刑事案件的合议庭进行审理。此时,刑事

案件已经生效,附带民事被告(刑事案件被告人)已被法院交付执行。审理原刑事案件的合议庭认为,其依法亦不应审理此案。

二、相关法律问题研究

(一)附带民事原告人另行提起民事诉讼的后续问题

刑事诉讼法第78条规定:“附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判,只有为了防止刑事案件审判的过分迟延,才可以在刑事案件审判后,由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。”最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)第89条规定:“附带民事诉讼应当在刑事案件立案以后第一审判决宣告以前提起。有权提起附带民事诉讼的人在第一审判决宣告以前没有提起的,不得再提起附带民事诉讼。但可以在刑事判决生效后另行提起民事诉讼。”其第99条规定:“对于被害人遭受的物质损失或者被告人的赔偿能力一时难以确定,以及附带民事诉讼当事人因故不能到庭等案件,为了防止刑事案件审判的过分迟延,附带民事诉讼可以在刑事案件审判后,由同一审判组织继续审理。如果同一审判组织成员确实无法继续参加审判的,可以更换审判组织成员。”其第100条又规定:“人民法院审判附带民事诉讼案件,除适用刑法、刑事诉讼法外,还应当适用民法通则、民事诉讼法有关规定。”

我国刑事诉讼法规定的附带民事诉讼,是指人民法院、人民检察院和公安机关,在当事人及其他诉讼参与人的参加下,在依法追究被告人刑事责任的同时,为解决由于犯罪行为而使被害人遭受物质损失问题所进行的诉讼活动。^①而且,由于法律规定法院在处理附带民事诉讼时,可以适用民法通则、民事诉讼法有关规定,就决定了附带民事活动本质上是具有民事诉讼特征的经济损害赔偿。如果脱离

^① 程荣斌主编:《中国刑事诉讼法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第247页。

刑事案件,被害人单独提出经济损失赔偿,就成为独立的民事诉讼。^①为了提高审判效率,减少当事人的讼累,在制定刑事诉讼法时,立法者将由犯罪行为而导致被害人经济损失所引起的民事赔偿诉讼,合并刑事诉讼活动中。一般情况下,由于刑事案件的犯罪事实同时又是刑事被告人造成被害人经济损失的民事案件事实,如果法院对被告人是否构成刑事犯罪的案件事实已经查清,在对被告人追究刑事责任的同时,就可以按照双方的民事责任、赔偿标准判令附带民事被告赔偿被害人的经济损失。只有在附带民事案件情况复杂,如被害人遭受的经济损失或被告人的赔偿能力一时难以确定,或者被害人需要做伤残鉴定等情况,为防止案件审理过分迟延,才将附带民事诉讼与刑事诉讼分开,待刑事案件审结后,再由同一审判组织对附带民事部分进行审理。并且,依照《解释》第102条的规定,刑事附带民事案件的原告人无须向法院缴纳诉讼费用,一般情况下,被害人均选择在刑事诉讼活动中解决民事赔偿问题。

当被害人在法院审理中撤回附带民事诉状,转而向法院提起独立的民事诉讼时,在法官向其说明撤诉的法律后果后,被害人仍坚持撤诉的,应当看做是被害人主动放弃在刑事诉讼活动中提起民事赔偿诉讼的诉讼权利。而且,一旦被害人就刑事被告人实施犯罪行为所造成的经济损失,向法院单独提起民事诉讼,就说明这一诉讼已与刑事案件完全剥离,应当严格按照民事诉讼法第108条规定的民事起诉条件向法院提起诉讼。本案中,在法院审理过程中,被害人向法院明确提出撤回附带民事诉状,并告知法院其将就该案件的民事部分单独提起民事诉讼,该被害人就应当严格按照民事诉讼法及其司法解释的相关规定,向有管辖权的法院提起民事诉讼,即使该法院不受理此案,也无权再向审理刑事案件的中级法院提起民事诉讼。因为,刑事诉讼法和民事诉讼法均没有规定,审理刑事案件的中级法院,只要该刑事案件的被害人就经济损失部分向其另行提起民事诉

^① 甄贞主编:《刑事诉讼法学研究综述》,法律出版社2002年版,第161页。

讼,该民事诉讼无论是否属于本法院的管辖范围,都应当受理。因此,在处理此类情况时,法院就应当严格按照民事诉讼法的相关规定,将从刑事案件分离出来的民事诉讼看做是普通的民事诉讼,应当根据其具体情况确定级别管辖。本案中,当被害人向有管辖权的基层法院提起民事诉讼,该法院拒绝受理此案,由审理刑事案件的中级法院将其受理,作为一审案件,有不妥之处。在被害人向审理刑事案件的中级法院提起此类民事诉讼时,法院应按照普通一审民事案件的立案标准,来衡量该民事案件能否受理。如果此类民事案件不属于本法院管辖,则应按照民事诉讼法规定的级别管辖原则做出不予受理的决定,并通知被害人,告知其向有管辖权的法院提起民事诉讼。而且,在本案的刑事案件审理过程中,被害人明确地向审理一审刑事案件的中级法院提出撤回附带民事诉讼,说明其放弃了刑事诉讼法所赋予的与刑事案件合并审理的民事诉讼权利。他虽然保留了实体上的诉权和享有独立的诉讼权利,但也只能在独立的民事诉讼中予以实现和满足,而不能因为有管辖权的法院没有受理其另行提起的民事诉讼,再向原来审理刑事案件的中级法院提起民事诉讼。因为,此时的诉讼性质已是纯粹的民事诉讼,由于被害人已经放弃刑事诉讼法赋予的附带民事的诉讼权利,此类民事诉讼就失去赖以附带的基础和前提,况且本案刑事判决已经生效,作为附带民事被告的刑事罪犯已被交付执行机关服刑。而且,刑事诉讼法规定附带民事部分与刑事部分分离的前提也不适用于本案这种情况。为了防止刑事案件审理的过分迟延的刑民分离,是由法院根据案件的具体情况以职权做出的,而不是根据被害人的请求。因此,被害人向对该民事案件有管辖权的基层法院提起独立的民事诉讼,相关法院应当受理,以表示对当事人诉讼权利的尊重与保障。与此相对应,作为一审法院审理刑事案件的中级法院,在附带民事部分与刑事案件剥离后,即使在有管辖权的基层法院对被害人提起的民事诉讼不予受理的情况下,也不应再受理该民事案件,更不应在本院民事审判庭以管辖权为由退回后,将此案件协调由刑事审判庭受理。就此案的目前状态,现

在受理此案的中级法院应当按照民事管辖的法律规定,依法决定不予受理此案。而且,对于这种情况,中级法院应当发挥审判监督职能,指出基层法院在处理此案问题上的错误,指令其受理此案,以保障被害人的合法权益。退一步讲,如果下级法院仍然不予受理此类案件,上级法院则可以根据案件具体情况,依照民事诉讼法第39条的规定,将下级法院管辖的案件改变管辖,由其作为一审法院对此案进行审理,保证中级法院受理此类特殊情况案件的合法性。同时,被害人还可以请求人民检察院对有管辖权的法院不予受理此案的做法进行法律监督,督促其受理此案。

针对被害人为了获得更多赔偿尤其是精神赔偿,钻司法解释的空子的做法,法院是否应以不予受理或驳回诉讼请求的方式纠正被害人的不当行为。笔者认为,被害人如果根据同样的案件事实,通过不同程序来获得更多的经济赔偿,他当然选择有利于自己利益的诉讼程序,即使被害人的另行起诉行为有不合理之处,也是法院系统不同的司法解释相关规定所促成的。同一案件事实,在不同的诉讼程序受到不同的对待,作为被害人,在两利相较时必定取其大利。在刑事诉讼程序中无法获得精神赔偿,但同样情况却可以在民事诉讼中请求并能获得,被害人当然会诉诸于民事诉讼,以获得更多的赔偿数额。例如,2001年3月,最高人民法院出台《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》,规定对一些案件如生命权、健康权、身体权等受到侵犯,被害人提起民事诉讼时,可以同时提出精神损害赔偿的诉讼请求。被害人有决定是否在刑事诉讼中附带提起民事赔偿诉讼请求的权利,一旦其权衡在两种程序获得的赔偿利益大小,就会促使其不在刑事诉讼中提起民事诉讼或在刑事诉讼中撤回已经提起的民事诉讼,另行提起民事诉讼。而且,与此同时的刑事诉讼法相关司法解释明确规定被害人可以在刑事案件审结后,就民事赔偿另行起诉,并不禁止被害人这么做。因此,针对实践中被害人不在刑事诉讼中提起民事诉讼,或在刑事案件审结后单独对精神损害赔偿提起民事诉讼增多的情况,2001年7月,最高人民法院在《关于

人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》中指出,对于刑事案件被害人由于被告人的犯罪行为而遭受精神损失提起的附带民事诉讼,或者在该刑事案件审结以后,被害人另行提起精神损害赔偿民事诉讼的,人民法院不予受理。这一解释与2001年3月民事侵权精神损害赔偿的解释之间在赔偿理念上存在很大差异,同时也无法协调同一案件事实不同判决结果的尴尬问题。之所以规定法院对与刑事案件相关的精神赔偿不予受理,主要理由在于法院对被告人判处了一定的刑罚,就是对被害人最好的精神抚慰。这一解释忽略了刑事附带民事诉讼的一个重要原则,即对被告人“打罚结合”的原则。这里所说的“罚”应作广义的理解,它应当不仅仅指对实施经济犯罪、财产犯罪等的被告人判处有期徒刑或者没收财产,还应当包括对被害人给予一定的经济赔偿。在民法通则及其司法解释中虽然规定可以给予一定的精神补偿,但没有明确相应的案件类型。2001年3月的司法解释对民事精神赔偿的案件类型及精神赔偿范围作了进一步规定。刑事附带的民事诉讼既然作为一种民事诉讼来审理,《解释》第100条规定刑事附带民事案件同时适用民法通则及其相关的司法解释,就应当在是否赔偿精神损失问题上与关于民法通则的上述解释协调起来,允许将精神损失赔偿纳入附带民事诉讼的赔偿范围。或者,如果因为包括精神损害在内的附带民事赔偿处理过于复杂,可以在以后修改刑事诉讼法时,明确规定刑事案件中不再附带民事诉讼,以保证刑事案件及时审结。但是,在目前的刑事附带民事案件中,则应当将民法解释的规定与刑事诉讼法的上述解释统一、协调运用,确保法院执法上的统一,防止多头司法解释所引起的同一案件事实在不同审理程序获得不同的判决结果。

实践中,虽然在刑事附带民事诉讼中被害人提出精神赔偿诉讼请求,或者在刑事案件审结后,被害人单独就精神损害提出民事诉讼,法院就不予受理。但是,在该解释出台前后,在刑事附带民事诉讼案件审理过程中,法官对民事赔偿一般会将会精神损失隐性地考虑

在所判赔的数额内,将对被害人赔偿金额凑整处理,如对被害人已死亡的故意伤人案件,一般判处民事赔偿两三万元。实践上,在2001年3月关于民事精神赔偿的司法解释出台后,法院已经处理过一起与刑事案件相关的精神赔偿案件。1999年,被害人张某对被告人刘某强奸行为提起刑事附带民事诉讼,称被告人的强奸行为给其身体和心灵造成了极大的创伤和损害,请求法院判令被告赔偿精神损失10万美元。被害人的精神损害赔偿没有在刑事附带民事诉讼判决中得到支持后,于2000年11月10日以同样的理由向深圳市罗湖区人民法院提起独立的民事诉讼。法院审理认为,被告人犯有强奸罪的事实清楚,证据确实充分,其犯罪行为实质上是一种严重的侵权行为,其侵害的直接对象是原告的生命健康权和贞操权,造成直接的后果导致了原告社会评价的降低,且因被告的犯罪情节极其恶劣,持续时间长,原告又系处女,受损害的结果严重,被告应当承担赔偿责任。依照民事诉讼法、民法通则的有关规定,判决被告刘某赔偿原告张某精神损害赔偿金人民币8万元。^①一审判决后,刘某及其代理律师认为判决于法无据,张某则认为8万元的赔偿数额太少。尽管在2001年7月的《解释》出台后,深圳市中级法院依照这一司法解释的规定,撤销了一审民事判决,驳回了被害人关于精神赔偿的诉讼请求,^②但是,这一案件也说明了法官对与刑事案件相关的精神赔偿判决的一种尝试,也是法官对刑事案件也应判令被告人赔偿精神损失的一种认同。

(二)一审法院未对附带民事部分做出处理,检察机关就刑事部分抗诉,二审程序如何处理

李某对王某实施伤害行为,被立案侦查并提起公诉。同时,被害人王某作为附带民事原告人向法院提交民事诉状,以及医疗费、误工

^① 参见《人民法院报》2001年4月23日版。

^② 李伟雄:“中国首例强奸索赔案终审 精神损害赔偿被驳回”,人民法院网,案件传真栏目,2002年12月15日。

费、交通费等费用单据。法院经审理认为,公诉机关起诉的犯罪事实没有足够的证据予以证明,对李某宣判无罪。对于本案的民事部分,则没有做出判决,而是在刑事案件宣判后,告知附带民事原告另行起诉,并将上述费用单据退还原告。一审判决后,检察机关对本案刑事部分的判决提出抗诉,并指出一审法院在审理附带民事部分时程序违法。二审法院开庭审理了此案。

针对本案情况,存在四种处理方案:

方案一:以违反最高人民法院司法解释第101条的规定,在审理程序上违法为由,发回重审,刑事部分与民事部分一并审理。附带民事程序违法,同样会导致案件被发回重审。

方案二:将刑事与民事分开审理。依照二审开庭审理的情况,对检察院抗诉是否成立,做出裁判。同时,做出民事部分审判程序违法的裁定,要求一审法院对附带民事部分重新审理。因为,无论是一审还是二审,附带民事可以与刑事部分分开审理,采取这一方案不仅对检察院抗诉做出裁断,而且可以通过审判监督,纠正一审法院在审理附带民事诉讼时的违法问题,保护附带民事原告的合法权益。

方案三:考虑与检察院协作关系,以事实不清为由发回重审,由一审法院对刑事和民事部分一并审理。这样,通过一审程序解决了附带民事部分,避免检察院提出附带民事程序违法的口实。而且,此案又经过重新审理,对刑事部分如何判决,主动权仍然掌握在法院手中,如果检察院坚持抗诉,则可以另行启动二审程序。

方案四:如果不考虑检、法关系,可以依照二审开庭审理的情况,直接对抗诉的刑事部分做出裁判。同时,针对一审法院审理附带民事程序中存在的违法情况,二审法院以审判监督函的方式,指出问题,由一审法院根据附带民事原告是否另行起诉的情况,做出处理。

在刑事附带民事案件,如果查明被告人的行为不构成犯罪的,或者行为人无行为能力或限制行为能力,以及具有其他几种依法不应追究刑事责任的情形的,依法应当宣告被告人无罪或终止刑事部分的审理,对于附带民事部分如何处理,在理论界形成不同意见。一种

观点认为,不再对被害人提出的民事诉讼请求做出处理,由刑事审判庭将附带民事部分移交民事审判庭处理或通知被害人另行起诉。主要理由在于,被告人的犯罪行为不成立,民事部分所依附的刑事案件已不复存在,民事诉讼就失去存在的前提,而应当作为一般的民事案件,依照民事诉讼法的有关规定予以处理。^① 另一种观点(也是大多数学者的观点)认为,即使宣告被告人无罪或因为其他情况终止案件审理,也应当由审理刑事案件的合议庭对附带民事部分做出处理,而不宜转由民庭审理。主要理由在于,刑事诉讼法第 77 条规定中所指的“被告人的犯罪行为”是一种程序意义上的犯罪行为,而不是实体意义上的犯罪行为。对刑事案件做出的判决,无论是有罪判决还是无罪判决,都是属于刑事判决,在刑事案件判决时一并解决被告人给被害人造成的物质损失,不能认为附带民事诉讼缺乏存在的条件。^② 笔者同意第二种观点。因为,刑事诉讼法第 77 条规定,被害人对因被告人的犯罪行为而造成的经济损失,在刑事诉讼过程中有权提起附带民事诉讼。刑事诉讼过程包括立案、侦查、审查起诉、审判等多个诉讼阶段,被害人因此有权在上述各个诉讼阶段提起民事诉讼,由于在上述各个阶段犯罪事实所需要的证明标准不同,在侦查、审查起诉阶段所认定的犯罪行为只是一种程序意义上的认定,这一期间被害人提起的附带民事诉讼,就不能在审判阶段因为被告人行为不构成犯罪或不予追究刑事责任,而不对附带民事部分做出处理。因为,虽然附带民事诉讼的提起,必须以刑事案件的成立为前提,解决民事赔偿问题,却不是以是否对被告人科处刑罚为转移。否则,就不符合立法关于刑事附带民事诉讼规定的本意。立法上规定在刑事案件处理的同时,附带处理民事部分,一则为了减少民事审判

① 王永臣等著:《刑事附带民事诉讼与自诉案件的审判》,中国法制出版社 1995 年版,第 32 页。

② 程荣斌主编:《中国刑事诉讼法教程》,中国人民大学出版社 1997 年版,第 259 页;陈建国主编:《刑事诉讼制度的改革与完善》,红旗出版社 1997 年版,第 275 页。

庭的压力;二则由于犯罪事实基本上与民事诉讼的主要事实大致相同,处理民事诉讼就不必再开庭审理查明案件事实、证据,附带处理民事案件可以提高审判效率;三则从附带民事诉讼当事人角度考虑,可以对被害人予以及时救济,减少讼累,不仅不必另行起诉,防止诉讼拖延,而且可以因为免交诉讼费用,避免本已遭受损失的被害人因无钱缴纳诉讼费而无法获得救济。

在实务界,大多倾向于第二种意见,而且将这一观点纳入司法解释的规定,以统一在这一问题上的法律适用。《解释》第101条规定:“人民法院认定公诉案件被告人的行为不构成犯罪的,对已经提起的附带民事诉讼,经调解不能达成协议的,应当一并做出刑事附带民事判决。”当前,由于刑事诉讼法关于附带民事诉讼的规定过于简略,前后只有两个条文,而实践中附带民事诉讼案件在处理时的复杂性远远超过立法者的想像。综合审判实践中出现的各类情况,最高人民法院在制定相关司法解释时,以长达19个条文的内容对刑事诉讼法所规定的附带民事诉讼的两个条文,作了较为详细的法律适用解释。司法解释作为当前法院处理案件的主要裁判依据,其法律效力等同于法律规定,在实践中的针对性和作用有时要大于一般性的法律规定。因此,在实践中,法院一般均严格依照类似的司法解释规定裁判案件。对照《解释》第101条的规定,一审法院在处理本案附带民事诉讼时程序违法,是毋庸置疑的。本案在二审审理时处理的难点在于,一审法院没有对附带民事部分做出任何决定,对附带民事原告没有书面通知或裁定,该案的原告就没有任何凭据对一审法院的做法提出异议;一审法院在附带民事诉讼处理上违法,且对民事部分没有做出处理,是否足以导致将全案发回重审;检察院就本案的刑事判决提出抗诉,同时提出一审法院对附带民事诉讼的处理违法,二审法院在程序上对两个诉讼如何处理;二审法院对检察院提起的抗诉已经开庭审理,应否只对刑事部分做出裁判。由于本案件在程序上的复杂性,导致在对此案进行讨论时形成不同的处理方案。笔者拟对上述方案及本案处理上的程序问题合并分析。

上述第一种方案的理由在于,附带民事程序违法,同样会导致案件被发回重审。提出这一方案的主要依据是刑事诉讼法第 191 条第(5)项以及《解释》第 101 条的规定。刑事诉讼法第 191 条第(5)项规定,“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的,应当裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判:……(五)其他违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的。”就这一规定的分析而言,其意旨在于一审法院对案件已经做出判决,且在做出这一判决的过程中,违反上述四项规定之外的法定程序,二审法院认为这种违反程序的审判活动,可能对做出这一判决的公正、公平产生一定的影响。在本案中,一审法院在认定被告人行为不构成犯罪时,对附带民事诉讼做出违法处理,即告知附带民事原告另行提起民事诉讼。因此,我们说,一审法院对本案中的民事部分所做出的是程序上的处理,而不是对其做出实体性判决,一审法院违反法定程序的处理,并不能得出其可能影响公正审判民事部分的结论,因为没有一审附带民事判决的存在,程序违法根本谈不上可能有不公正的审判结果,也就是说,一审法院没有对附带民事部分做出判决,二审法院对程序违法的处理失去前提和基础。如果依照刑事诉讼法第 191 条及司法解释第 101 条的规定,将案件发回重审,由于二审法院根本不可能撤销一个不存在的判决,也就失去发回重审的重要依据。一审法院只对刑事部分做出判决,如果二审法院经过审理,认为一审法院在审理刑事部分时程序违法,只能对刑事判决撤销原判,发回重审。本案中,刑事案件在一审时不存在程序违法问题,且在二审时已经就此案开庭审理,一审法院在审理民事部分程序时违法并不必然导致刑事部分判决被撤销而发回重审。而且,根据刑事诉讼法第 78 条的规定,即使是刑事附带民事案件,为防止刑事案件审理的过分迟延,也可以将民事部分暂时剥离,将刑事部分与民事部分分开审理,待刑事案件审结后,由同一审判组织再对民事部分进行审理。在适用刑事诉讼法第 191 条时,同样应当遵照这一原则。本案中,由于一审法院没有就民事部分做出判决,二审时只能对刑事

部分进行审理,即使二审法院发现一审法院在处理民事部分上程序违法,但由于没有相应的一审附带民事判决,也无法对民事判决进行实体处理。由附带民事部分可以与刑事案件分开审理原则所决定,二审法院只能对刑事案件做出处理,对于附带民事部分程序违法情况按照其他审判监督程序进行处理。

对于第三种方案,则过多地考虑检法之间的协作关系,同时偏重维护法院的一些不适当的做法。在二审法院开庭审理检察院抗诉案件的情况下,如果仍然认为被告人行为构成犯罪的证据不足,就应当维持一审法院关于刑事案件的无罪判决,而不能以事实不清为由将刑事案件发回重审。因为,证据不足并不等同于事实不清。而且,根据刑事诉讼法第189条第(3)项的规定,原判决事实不清楚或者证据不足的,可以在查清事实后改判;也可以裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判。但是,其中一些案件,由于时过境迁,即使法院认为证据不足而发回重审或者建议检察院撤回起诉,进行补充侦查,也不可能收集到相应的证据。在这种情况下,法院应当依照疑罪从无的原则,对被告人宣告无罪。即使以后检察院对这一案件收集到新的证据,还可以根据刑事诉讼法的有关规定,对被告人的犯罪行为提起新的公诉。因此,不应对一些案件动辄以“事实不清”为由发回重审。依照这一方案,将本案发回重审后,一审法院可以弥补其在审理附带民事部分程序违法之不足,避免了检察机关提出法院审理附带民事部分程序违法的口实,同时处理刑事部分的主动权仍然掌握在法院手中,再次审理时可以决定是否做出无罪判决,检察机关是否提起抗诉由其视情况而定。从深层次分析,这一做法实则为一审法院着想,二审法院如果对此案如此处理,不仅会失去其审判监督职能,而且因为违背刑事诉讼法第78条关于民事部分与刑事部分可以分开审理的规定,而降低审判效率,造成审判资源的无谓耗费。

对于第四种方案,则是从法律规定和审判实际出发,简化了案件处理的程序,从实践的角度兼顾了审判公正与效率、效益,应当说是处理本案较为实际的做法。从实践的角度,笔者基本同意这一方案