

响顺利审判，决定作为特例不公开审理。经审理，第一审人民法院判处甲死刑立即执行，甲不服上诉。

问题 1：对于本案，第二审人民法院是否应当组成合议庭进行审理？

问题 2：对于本案，第二审人民法院在审理中，与该案第一审程序完全一样，是否正确？

问题 3：对于本案，第二审人民法院撤销原判，发回重审的做法是否正确？为什么？

问题 4：根据问题 3，第二审人民法院撤销原判，发回重审后，甲又提出上诉，第二审人民法院应当依法作出判决、裁定，不得再发回重新审判。这种理解是否正确？

1. [答案] 应当。

[考点] 第二审程序。

[解析] 第二审人民法院应当组成合议庭是正确的，二审不论开庭审理还是不开庭审理，合议庭必须要组成。

2. [答案] 错误。

[考点] 第二审程序。

[解析] 第二审程序原则上套用第一审程序，也要经过开庭、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述和评议、宣判。但是，第二审程序毕竟不是简单地对案件进行的第二次审判，与一审程序相比还是存在不同之处的。譬如，开庭审理上诉、抗诉案件，在法庭调查阶段，不是由公诉人宣读起诉书，而是由审判人员宣读第一审判决书、裁定书。然后，上诉案件由上诉人或者辩护人先宣读上诉状或者陈述上诉理由，抗诉案件由检察员先宣读抗诉书；既有上诉又有抗诉的案件，先由检察员宣读抗诉书，再由上诉人或者辩护人宣读上诉状或者陈述上诉理由。

3. [答案] 正确。

[考点] 第二审程序。

[解析] 不公开审理的理由包括国家秘密、个人隐私、商业秘密、未成年人四种情形。本案中第一审人民法院以“防止被害人亲属和旁听群众在法庭上过于激愤影响顺利审判”为由决定作为特例不公开审理是违反程序的，根据《高法解释》第 329 条的规定，二审对于违反程序的案件应当裁定撤销原判，发回重审。

4. [答案] 不正确。

[考点] 第二审程序。

[解析] 《高法解释》第 328 条规定：“原判事实不清、证据不足，第二审人民法院发回重新审判的案件，原审人民法院重新作出判决后，被告人上诉或者人民检察院抗诉的，第二审人民法院应当依法作出判决、裁定，不得再发回重新审判。”

可见，第二审人民法院以原判“事实不清、证据不足”为由发回重新审判的案件，如果被告人上诉或者人民检察院抗诉而再次引起二审的，二审人民法院不得再发回重新审判。请注意，这种限制发回重审次数的理由仅限于认为一审裁判“事实不清、证据不足”。本例中，二审人民法院是认为一审人民法院违反了诉讼程序而发回重审，法律并没有限制因此而发回重审的次数。

#### 案例 34

王某因盗窃李某的财物被某县人民法院一审判处有期徒刑 3 年，附带民事诉讼赔偿李某 5000 元。王某不服一审判决，自收到判决书次日起 10 日内提出了上诉。王某在上诉期满后，突然想通 3 年的时间不算太长，主张撤回上诉，二审人民法院不予准许。

问题 1：王某自收到判决书次日起 10 日内提出了上诉的做法是否正确？为什么？

问题 2：若李某对附带民事诉讼的赔偿数额不满，是否有权请求某县人民检察院提出抗诉？

问题 3：王某主张撤回上诉，二审人民法院不予准许的做法是否正确？为什么？

1. [答案] 正确。

[考点] 上诉、抗诉期限。

[解析] 《刑事诉讼法》第 219 条规定：“不服判决的上诉和抗诉的期限为十日，不服裁定的上诉和抗诉的期限为五日，从接到判决书、裁定书的第二日起算。”

2. [答案] 无权。

[考点] 上诉、抗诉主体。

[解析] 《刑事诉讼法》第 216 条第 2 款规定：“附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，可以对地方各级人民法院第一审的判决、裁定中的附带民事诉讼部分，提出上诉。”

《刑事诉讼法》第 218 条：“被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，自收到判决书后五日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后五日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。”

可见，被害人对于刑事一审判决部分不服，有权请求人民检察院提出抗诉。但在本例中，李某提起了附带民事诉讼，并对附带民事诉讼中的赔偿数额不满，此时李某的诉讼身份属于附带民事诉讼原告人，根据上述《刑事诉讼法》第 216 条第 2 款的规定，李某可以直接对附带民事部分上诉，无需请求人民检察院抗诉。

3. [答案] 正确。

[考点] 第二审程序。

[解析] 《高法解释》第 305 条第 1 款规定：“上诉人在上诉期满后要求撤回上诉的，第二审人民法院应当审查。经审查，认为原判认定事实和适用法律正确，量刑适当的，应当裁定准许撤回上诉；认为原判事实不清、证据不足或者将无罪判为有罪、轻罪重判等的，应当不予准许，继续按照上诉案件审理。”

可见，王某在上诉期满后要求撤回上诉的，第二审人民法院应当审查。也可能允许撤回上诉，也可能不允许撤回上诉，第二审人民法院有决定权。因此，第二审人民法院不准许王某撤回上诉的做法没有违反程序。

### 案例 35

顾某（中国籍）常年居住在 M 国，以丰厚报酬诱使徐某（另案处理）2 次回国携带毒品甲基苯丙胺进行贩卖。2014 年 3 月 15 日 15 时，徐某在 B 市某郊区交易时被公安人员当场抓获。侦查中徐某供出了顾某。我方公安机关组成工作组按照与该国外司法协助协定赴该国侦查取证，由 M 国警方抓获了顾某，对其进行了讯问取证和住处搜查，并将顾某及相关证据移交中方。

人民检察院以走私、贩卖毒品罪对顾某提起公诉。鉴于被告人顾某不认罪并声称受到刑讯逼供，要求排除非法证据，第一审人民法院召开了庭前会议，通过听取控辩双方的意见及调查证据材料，审判人员认定非法取证不成立。开庭审理后，第一审人民法院认定被告人 2 次分别贩卖一包甲基苯丙胺和另一包重 7.6 克甲基苯丙胺判处其有期徒刑 6 年 6 个月。顾某不服提出上诉，第二审人民法院以事实不清发回重审。原审人民法院重审期间，人民检察院对一包甲基苯丙胺重量明确为 2.3 克并作出了补充起诉，据此原审人民法院以被告人两次分别贩卖 2.3 克、7.6 克毒品改判顾某有期徒刑 7 年 6 个月。被告人不服判决再次上诉到第二审人民法院。

问题 1：M 国警方移交的证据能否作为认定被告人有罪的证据？对控辩双方提供的境外证据，人民法院应当如何处理？

问题 2：本案第一审人民法院庭前会议对非法证据的处理是否正确？为什么？

问题 3：发回原审人民法院重审后，人民检察院对一包甲基苯丙胺重量为 2.3 克的补充起诉是否正确？为什么？

问题 4：发回重审后，原审人民法院的改判加刑行为是否违背上诉不加刑原则？为什么？

问题 5：此案再次上诉后，第二审人民法院在审理程序上应如何处理？

1. [答案] M 国警方移交的证据可以作为认定被告人有罪的证据。

[考点] 刑事司法协助。

[解析] 我国《刑事诉讼法》规定我国司法机关可以进行刑事司法协助，警方赴 M 国请求该国警方抓捕、取证属于司法协助的范围，我国人民法院对境外证据认可其证据效力，本案司法协助程序符合规范，符合办理刑事案件程序规定。

人民法院对来自境外的证据材料，应当对材料来源、提供人、提供时间以及提取人、提取时间等进行审查。经审查，能够证明案件事实符合《刑事诉讼法》规定的，可以作为证据使用。但提供人或者我国与有关国家签订的双边条约对材料的使用范围有明确限制的除外；材料来源不明或者真实性无法确认的，不得作为定案的证据。

2. [答案] 不正确。

[考点] 庭前会议。

[解析] 按照《刑事诉讼法》的相关规定，庭前会议的功能是使法官在正式的第一审程序之前能对控辩双方的证据材料及案件的程序性事项有一个预判，为后续第一审程序做好准备，以提高诉讼效率。庭前会议就非法证据等问题只是了解情况，听取意见，不能就是否存在非法取证行为进行审查或者作出决定。

3. [答案] 不正确。

[考点] 补充起诉。

[解析] 本案第二审人民法院基于原审人民法院认定的一包甲基苯丙胺数量不明，以事实不清发回重审，重审中人民检察院明确为 2.3 克，只是补充说明不是补充起诉。补充起诉是在法院宣告判决前人民检察院发现有遗漏的同案犯罪嫌疑人或者罪行时，可以一并起诉和审理。

4. [答案] 违反上诉不加刑。

[考点] 上诉不加刑原则。

[解析] 第二审人民法院发回原审人民法院重新审理的案件，除有新的犯罪事实，人民检察院补充起诉的以外，原审人民法院不得加重被告人的刑罚。本案补充说明一包重量为 2.3 克是原有的指控内容，不是新增加的犯罪事实。

5. [答案] (1) 组成合议庭不开庭审理，但应当讯问被告人，听取辩护人、诉讼代理人意见。(2) 鉴于本案系发回重审后的上诉审，第二审人民法院不得以事实不清再发回原审法院重新审理。(3) 如果认为原判认定事实和适用法律正确、量刑适当，应当裁定驳回上诉，维持原判；如果认为原判适用法律有错误或量刑不当，应当改判，但受上诉不加刑限制。(4) 第二审人民法院一般应当在 2 个月以内审结。

[考点] 第二审程序综合。

[解析] 涉及的相关法律根据如下：

(1) 《高法解释》第 324 条规定：“第二审案件依法不开庭审理的，应当讯问被告人，听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见。合议庭全体成员应当阅卷，必要时应当提交书面阅卷意见。” 本案中，二审法院可以组成合议庭不开庭审理，但应当讯问被告人，听取辩护人、诉讼代理人意见。

(2) 《高法解释》第 328 条规定：“原判事实不清、证据不足，第二审人民法院发回重新审判的案件，原审人民法院重新作出判决后，被告人上诉或者人民检察院抗诉的，第二审人民法院应当依法作出判决、裁定，不得再发回重新审判。” 鉴于本案系发回重审后的上诉审，第二审人民法院不得以事实不清再发回原审法院重新审理。

(3) 《刑事诉讼法》第 225 条规定：“第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：

(一) 原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判；

(二) 原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；

(三) 原判认定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。

原审人民法院对于依照前款第三项规定发回重新审判的案件作出判决后,被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的,第二审人民法院应当依法作出判决或者裁定,不得再发回原审人民法院重新审判。”

《刑事诉讼法》第 226 条规定:“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。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。

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。”

《刑事诉讼法》第 227 条规定:“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:

- (一) 违反本法有关公开审判的规定的;
- (二) 违反回避制度的;
- (三) 剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利,可能影响公正审判的;
- (四) 审判组织的组成不合法的;
- (五) 其他违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的。”

本案中,如果二审法院认为原判认定事实和适用法律正确、量刑适当,应当裁定驳回上诉,维持原判;如果认为原判适用法律有错误或量刑不当,应当改判,但受上诉不加刑限制。

(4) 《刑事诉讼法》第 232 条规定:“第二审人民法院受理上诉、抗诉案件,应当在二个月以内审结。对于可能判处死刑的案件或者附带民事诉讼的案件,以及有本法第一百五十六条规定情形之一的,经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定,可以延长二个月;因特殊情况还需要延长的,报请最高人民法院批准。最高人民法院受理上诉、抗诉案件的审理期限,由最高人民法院决定。”

可见,本案第二审人民法院一般应当在 2 个月以内审结。

### 案例 36

甲乙丙故意杀害丁,某市中级人民法院经过审判一审判处甲死刑立即执行,附带民事诉讼赔偿 10 万元。判处乙五年有期徒刑,附带民事诉讼赔偿 5 万元。判处丁一年有期徒刑。乙的父亲认为对乙量刑过重,对刑事部分提出了上诉。甲和丁服判。某市检察院认为对乙的量刑过轻向某省高级人民法院提出抗诉。某省高级人民法院公开开庭审理了案件,甲提出想出庭问乙一些问题,某省高级人民法院认为甲已经服判,拒绝了甲的出庭要求。在庭审过程中,某省检察院经过审查认为判处乙五年有期徒刑合适,便向某省高级人民法院撤回抗诉,某省高级人民法院裁定准许。经过审判,某省高级法院发现判处丁一年过轻,遂改判丁二年有期徒刑。同时发现判决乙五年有期徒刑没有问题,但附带民事诉讼赔偿 5 万元过多了,对改判乙五年有期徒刑,附带民事诉讼赔偿 3 万元。

问题 1: 乙的父亲是否可以提出上诉?能否以上诉人身份参与第二审程序?

问题 2: 某省高级法院公开开庭审理是否正确?为什么?

问题 3: 甲提出想出庭问乙一些问题,某省高级法院拒绝甲出庭要求的做法是否正确?为什么?

问题 4: 某省高级法院发现判处丁一年过轻,遂改判丁二年有期徒刑的做法是否正确?为什么?

问题 5: 某省检察院向某省高级法院撤回抗诉的做法是否正确?为什么?

问题 6: 某省高级法院改判乙五年有期徒刑,附带民事诉讼赔偿 3 万元的的做法是否正确?为什么?

1. [答案] 乙的父亲不可以直接提出上诉,即使提出上诉,也不能以上诉人身份参与第二审程序。

[考点] 上诉主体

[解析] 《刑诉法》第二百一十六条第一款规定:“被告人、自诉人和他们的法定代理人,不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定,有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉。被告人的辩护人和近亲属,经被告人同意,可以提出上诉。”《高法解释》第三百条第二款规定:“上诉状内容应当包括:第一审判决书、裁定书的文号和上诉人收到的时间,第一审人民法院的名称,上诉的请求和理由,提出上诉的时间。被告人的辩护人、近亲属经被告人同意提出上诉的,还应当写明其与被告人的关系,并应当以被告人作为上诉人。”

本案中，乙的父亲作为乙的近亲属，需要经乙同意，才可以提出上诉。提出上诉后，应当以乙作为上诉人。

2. [答案] 某省高级法院公开开庭审理正确。

[考点] 第二审审理程序

[解析] 《刑诉法》第二百二十三条第一款规定：“第二审人民法院对于下列案件，应当组成合议庭，开庭审理：

(一) 被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议，可能影响定罪量刑的上诉案件；

(二) 被告人被判处死刑的上诉案件；

(三) 人民检察院抗诉的案件；

(四) 其他应当开庭审理的案件。”

本案中，某市检察院认为对乙的量刑过轻向某省高级法院提出抗诉，属于上述法条“（三）”的规定，某省高级法院应当公开开庭审理本案。

3. [答案] 某省高级法院拒绝甲出庭要求的做法错误。

[考点] 第二审审理程序

[解析] 《高法解释》第三百二十三条规定：“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。根据案件情况，可以按照下列方式审理：

(一) 宣读第一审判决书，可以只宣读案由、主要事实、证据名称和判决主文等；

(二) 法庭调查应当重点围绕对第一审判决提出异议的事实、证据以及提交的新的证据等进行；对没有异议的事实、证据和情节，可以直接确认；

(三) 对同案审理案件中未上诉的被告人，未被申请出庭或者人民法院认为没有必要到庭的，可以不再传唤到庭；

(四) 被告人犯有数罪的案件，对其中事实清楚且无异议的犯罪，可以不在庭审时审理。

同案审理的案件，未提出上诉、人民检察院也未对其判决提出抗诉的被告人要求出庭的，应当准许。出庭的被告人可以参加法庭调查和辩论。”

本案中，甲没有提出上诉，根据上述条文第一款“（三）”，在第二审程序中，可以不传唤甲到庭。但如果甲要求出庭的，应当准许。某省高级法院拒绝甲出庭的要求是错误的。

4. [答案] 某省高级法院改判丁二年有期徒刑错误。

[考点] 上诉不加刑原则

[解析] 《高法解释》第三百二十五条第一款规定：“审理被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属提出上诉的案件，不得加重被告人的刑罚，并应当执行下列规定：

(一) 同案审理的案件，只有部分被告人上诉的，既不得加重上诉人的刑罚，也不得加重其他同案被告人的刑罚；

(二) 原判事实清楚，证据确实、充分，只是认定的罪名不当的，可以改变罪名，但不得加重刑罚；

(三) 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；

(四) 原判对被告人宣告缓刑的，不得撤销缓刑或者延长缓刑考验期；

(五) 原判没有宣告禁止令的，不得增加宣告；原判宣告禁止令的，不得增加内容、延长期限；

(六) 原判对被告人判处死刑缓期执行没有限制减刑的，不得限制减刑；

(七) 原判事实清楚，证据确实、充分，但判处的刑罚畸轻、应当适用附加刑而没有适用的，不得直接加重刑罚、适用附加刑，也不得以事实不清、证据不足为由发回第一审人民法院重新审判。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，依照审判监督程序重新审判。”

《高法解释》第三百二十六条规定：“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。”

本案中，丁没有提出上诉，根据《高法解释》第三百二十五条第一款第一项的规定，二审法院不得加重丁的刑罚。此外，本案中某市检察院对乙抗诉，没有对丁抗诉，根据《高法解释》第三百二十六条的规定，二审法院也不得加重丁的刑罚。

5. [答案] 某省检察院有权申请撤回抗诉，某省高级法院可以裁定准许。

[考点] 上诉、抗诉的撤回

〔解析〕《刑诉法》第二百二十一条第二款规定：“上级人民检察院如果认为抗诉不当，可以向同级人民法院撤回抗诉，并且通知下级人民检察院。”

《高法解释》第三百零七条规定：“人民检察院在抗诉期限内撤回抗诉的，第一审人民法院不再向上一级人民法院移送案件；在抗诉期满后第二审人民法院宣告裁判前撤回抗诉的，第二审人民法院可以裁定准许，并通知第一审人民法院和当事人。”

《高检规则》第五百八十九条规定：“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；认为抗诉不当的，应当向同级人民法院撤回抗诉，并且通知下级人民检察院。下级人民检察院如果认为上一级人民检察院撤回抗诉不当的，可以提请复议。上一级人民检察院应当复议，并将复议结果通知下级人民检察院。”

本案中，某省检察院认为某市检察院抗诉不当的，有权向某省高级法院撤回抗诉，并且通知某市检察院。某市检察院不服的，可以提请复议。某省检察院应当复议，并将复议结果通知某市检察院。本案属于在第二审程序中提出撤回抗诉要求，某省高级法院可以裁定准许，并通知某市中级人民法院和当事人。

6. [答案] 不正确。某省高级法院应当依照审判监督程序对附带民事部分予以纠正。

〔考点〕第二审审理程序

〔解析〕《高法解释》第三百三十条规定：“第二审人民法院审理对刑事部分提出上诉、抗诉，附带民事部分已经发生法律效力，发现第一审判决、裁定中的附带民事部分确有错误的，应当依照审判监督程序对附带民事部分予以纠正。”

本案中，乙的父亲对刑事部分提出上诉，民事部分在案件进入某省高级法院二审时已经生效。某省高级法院发现判决乙五年有期徒刑没有问题，但附带民事诉讼赔偿 5 万元过多了，应当依照审判监督程序对附带民事部分予以纠正，而非直接改判附带民事诉讼赔偿 3 万元。

案例 37:

甲、乙共同杀害丙被某市中级人民法院判处死刑立即执行，甲不服上诉，某省高级人民法院维持原判，案件层报至最高人民法院进行复核。

问题 1: 最高人民法院经过审理认为，虽然原判判处甲、乙死刑并无不当，但在认定杀人工具的购买日期上存在瑕疵，裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。最高人民法院的做法是否正确?为什么?

问题 2: 最高人民法院在复核过程中突然收到了不明身份的人邮寄的能够证明甲当时不在犯罪现场的证据，最高人民法院改判甲无罪，并对乙作出核准死刑的判决。最高人民法院的做法是否正确?为什么?

问题 3: 最高人民法院经过审理认为，原判对甲的死刑判决、裁定认定事实正确，只是对乙的死刑判决、裁定认定事实不清、证据不足的，对乙改判，并对甲作出核准死刑的判决。最高人民法院的做法是否正确?为什么?

问题 4: 最高人民法院经过审理裁定不予核准，发回某省高级人民法院重新审判的，某省高级人民法院也可以直接将案件再发回某市中级人民法院重新审判。最高人民法院的做法是否正确?为什么?

1. [答案] 不正确。

〔考点〕最高人民法院复核死刑案件的处理。

〔解析〕《高法解释》第 350 条规定：“最高人民法院复核死刑案件，应当按照下列情形分别处理：

(一) 原判认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法的，应当裁定核准；

(二) 原判认定的某一具体事实或者引用的法律条款等存在瑕疵，但判处被告人死刑并无不当的，可以在纠正后作出核准的判决、裁定；

(三) 原判事实不清、证据不足的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；

(四) 复核期间出现新的影响定罪量刑的事实、证据的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；

(五) 原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；

(六) 原审违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。”

根据“(二)”的规定，最高人民法院可以在纠正瑕疵后作出核准的判决、裁定，无需撤销原判，发回重

审，所以最高人民法院的做法是错误的。

2. [答案] 不正确。

[考点] 最高人民法院复核死刑案件的处理。

[解析] 根据上述《高法解释》第 350 条中“（四）”的规定，复核期间出现新的影响定罪量刑的事实、证据的，最高人民法院应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。因此，最高人民法院对甲改判的做法是错误的。

此外，《高法解释》第 352 条规定：“对有两名以上被告人被判处死刑的案件，最高人民法院复核后，认为其中部分被告人的死刑判决、裁定事实不清、证据不足的，应当对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判……。”本案中，最高人民法院突然收到了不明身份的人邮寄的能够证明甲当时不在犯罪现场的证据，属于发现了新的影响甲定罪量刑的事实，可以理解为对甲的犯罪事实是否存在处于“事实不清、证据不足”状态，此时应当将甲乙案件全案发回重审。

3. [答案] 不正确。

[考点] 最高人民法院复核死刑案件的处理。

[解析] 《高法解释》第 351 条规定：“对一人有两罪以上被判处死刑的数罪并罚案件，最高人民法院复核后，认为其中部分犯罪的死刑判决、裁定事实不清、证据不足的，应当对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分犯罪的死刑判决、裁定认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判，并对其他应当判处死刑的犯罪作出核准死刑的判决。”

《高法解释》第 352 条规定：“对有两名以上被告人被判处死刑的案件，最高人民法院复核后，认为其中部分被告人的死刑判决、裁定事实不清、证据不足的，应当对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分被告人的死刑判决、裁定认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判，并对其他应当判处死刑的被告人作出核准死刑的判决。”

可见，最高人民法院经过审理认为，原判对甲的死刑判决、裁定认定事实正确，只是对乙的死刑判决、裁定认定事实不清、证据不足的，属于“其中部分被告人的死刑判决、裁定事实不清、证据不足的”情形，最高人民法院应当将全案撤销原判、发回重审，所以最高人民法院的做法不正确。

4. [答案] 不正确。

[考点] 最高人民法院复核死刑案件的处理。

[解析] 《高法解释》第 353 条第 1 款规定：“最高人民法院裁定不予核准死刑的，根据案件情况，可以发回第二审人民法院或者第一审人民法院重新审判。”

《高法解释》第 354 条规定：“高级人民法院依照复核程序审理后报请最高人民法院核准死刑，最高人民法院裁定不予核准，发回高级人民法院重新审判的，高级人民法院可以依照第二审程序提审或者发回重新审判。”

可见，如此看来，高级人民法院有权将案件发回第一审人民法院。但是，最高人民法院于 2016 年发布了《关于适用刑事诉讼法第二百二十五条第二款有关问题的批复》，该批复规定：“对于最高人民法院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十九条和《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》第三百五十三条裁定不予核准死刑，发回第二审人民法院重新审判的案件，无论此前第二审人民法院是否曾以原判决事实不清楚或者证据不足为由发回重新审判，原则上不得再发回第一审人民法院重新审判；有特殊情况确需发回第一审人民法院重新审判的，需报请最高人民法院批准。

对于最高人民法院裁定不予核准死刑，发回第二审人民法院重新审判的案件，第二审人民法院根据案件特殊情况，又发回第一审人民法院重新审判的，第一审人民法院作出判决后，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的，第二审人民法院应当依法作出判决或者裁定，不得再发回重新审判。”

因此，第二审人民法院重新审判的案件，原则上不得再发回第一审人民法院重新审判，有特殊情况确需发

回第一审人民法院重新审判的，需报请最高人民法院批准。是故，“某省高级人民法院也可以直接将案件再发回某市中级人民法院重新审判”的做法错误。

### 案例 38

甲因故意杀人罪被某市中级人民法院判处死刑立即执行，甲上诉，某省高级人民法院维持原判，案件随后报最高人民法院进行复核。最高人民法院复核甲故意杀人一案时，由审判员 7 人组成合议庭开庭审理。经审查认为事实清楚，证据确实、充分，就没有讯问甲。

问题 1：请评价上述最高人民法院的做法是否正确？为什么？

问题 2：最高人民法院复核甲故意杀人一案，最高人民检察院是否应当派员参加并应当向最高人民法院提出意见？

1. [答案] (1) 最高人民法院复核甲故意杀人一案，由审判员 7 人组成合议庭错误。

(2) 最高人民法院复核甲故意杀人一案，由审判员开庭审理的做法是错误的。

(3) 经审查认为事实清楚，证据确实、充分，就没有讯问甲的做法也是错误的。

[考点] 死刑复核程序。

[解析] (1) 《刑事诉讼法》第 238 条规定：“最高人民法院复核死刑案件，高级人民法院复核死刑缓期执行的案件，应当由审判员三人组成合议庭进行。”可见，由审判员 7 人组成合议庭是错误的。

(2) 死刑复核程序被认为是人民法院相对封闭的核查程序，不开庭审理。因此，最高人民法院复核甲故意杀人一案开庭审理的做法是错误的。

(3) 《刑事诉讼法》第 240 条第 1 款规定：“最高人民法院复核死刑案件，应当讯问被告人，辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见。”

《高法解释》第 344 条第 2 款规定：“高级人民法院复核死刑案件，应当讯问被告人。”

可见，最高人民法院复核死刑案件时没有讯问被告人的做法是错误的。

2. [答案] (1) 不应当派员参加。

(2) 不是应当提出意见。

[考点] 死刑复核程序。

[解析] (1) 《高检规则》第 609 条规定：“最高人民检察院死刑复核检察部门对死刑复核监督案件的审查可以采取下列方式进行：

(一) 书面审查最高人民法院移送的材料、省级人民检察院报送的相关案件材料、当事人及其近亲属或者受委托的律师提交的申诉材料；

(二) 听取原承办案件的省级人民检察院的意见，也可以要求省级人民检察院报送相关案件材料；

(三) 必要时可以审阅案卷、讯问被告人、复核主要证据。”

因此，既然最高人民法院复核死刑案件不开庭审理，最高人民检察院也无从派员参加。

(2) 《刑事诉讼法》第 240 条第 2 款规定：“在复核死刑案件过程中，最高人民检察院可以向最高人民法院提出意见。最高人民法院应当将死刑复核结果通报最高人民检察院。”可见，最高人民检察院是“可以”而非“应当”向最高人民法院提出意见。

### 案例 39

杨某被单位辞退，对单位领导极度不满，心存报复。一天，杨某纠集董某、樊某携带匕首闯至厂长贾某办公室，将贾某当场杀死。中级人民法院一审以故意杀人罪判处杨某死刑立即执行，判处董某死刑缓期二年执行，判处樊某有期徒刑 15 年。



问题 1: 如一审宣判后, 被告人杨某、董某、樊某均未上诉, 检察机关亦未抗诉, 对被告人杨某、董某、樊某的一审判决, 中级人民法院和高级人民法院分别应当如何处理?

问题 2: 如一审宣判后, 被告人杨某、董某均未上诉, 检察机关亦未抗诉, 樊某提出上诉, 高级人民法院应按什么程序处理对杨某、董某的一审判决?理由是什么?

问题 3: 如一审宣判后, 被告人杨某、董某、樊某均未上诉, 检察机关亦未抗诉, 但贾某的妻子对附带民事判决不服提起上诉, 高级人民法院应按什么程序处理对杨某、董某的一审判决?理由是什么?

问题 4: 被告人杨某经最高人民法院核准死刑并下达执行死刑命令后, 下级人民法院发现杨某可能另案犯有伤害罪, 对杨某应当如何处理?

1. (1) 杨某

[答案] 中级人民法院在上诉、抗诉期满后 10 日内报请高级人民法院复核。高级人民法院同意判处死刑的, 应当依法作出裁定后 10 日内报请最高人民法院核准;不同意判处死刑的, 应当依照第二审程序提审或者发回重新审判。高级人民法院复核死刑案件, 应当讯问被告人。

[考点] 死刑立即执行的复核程序。

[解析] 《刑事诉讼法》第 235 条规定: “死刑由最高人民法院核准。”

《刑事诉讼法》第 236 条规定: “中级人民法院判处死刑的第一审案件, 被告人不上诉的, 应当由高级人民法院复核后, 报请最高人民法院核准。高级人民法院不同意判处死刑的, 可以提审或者发回重新审判。

高级人民法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的, 和判处死刑的第二审案件, 都应当报请最高人民法院核准。”

《高法解释》第 344 条第二款规定: “高级人民法院复核死刑案件, 应当讯问被告人。”

本案中, 杨某一审被判处死刑立即执行, 没有上诉、抗诉。中级人民法院在上诉、抗诉期满后 10 日内报请高级人民法院复核。高级人民法院同意判处死刑的, 应当依法作出裁定后 10 日内报请最高人民法院核准;不同意判处死刑的, 应当依照第二审程序提审或者发回重新审判。此外, 高级人民法院复核死刑案件, 应当讯问被告人。

(2) 董某

[答案] 中级人民法院在上诉、抗诉期满后应当报请高级人民法院核准。高级人民法院应当按照《高法解释》第 349 条的规定处理。

[考点] 死刑缓期执行的复核程序。

[解析] 《刑事诉讼法》第 237 条规定: “中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件, 由高级人民法院核准。”

《高法解释》第 349 条规定: “高级人民法院复核死刑缓期执行案件, 应当按照下列情形分别处理:

- (一) 原判认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法的, 应当裁定核准;
  - (二) 原判认定的某一具体事实或者引用的法律条款等存在瑕疵, 但判处被告人死刑缓期执行并无不当的, 可以在纠正后作出核准的判决、裁定;
  - (三) 原判认定事实正确, 但适用法律有错误, 或者量刑过重的, 应当改判;
  - (四) 原判事实不清、证据不足的, 可以裁定不予核准, 并撤销原判, 发回重新审判, 或者依法改判;
  - (五) 复核期间出现新的影响定罪量刑的事实、证据的, 可以裁定不予核准, 并撤销原判, 发回重新审判, 或者依照本解释第二百二十条规定审理后依法改判;
  - (六) 原审违反法定诉讼程序, 可能影响公正审判的, 应当裁定不予核准, 并撤销原判, 发回重新审判。
- 高级人民法院复核死刑缓期执行案件, 不得加重被告人的刑罚。”

本案中, 中级人民法院在上诉、抗诉期满后应当报请高级人民法院核准。高级人民法院可以视情况作出如

下处理：①原判认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法的，应当裁定核准；②原判认定的某一具体事实或者引用的法律条款等存在瑕疵，但判处被告人死刑缓期执行并无不当的，可以在纠正后作出核准的判决、裁定；③原判认定事实正确，但适用法律有错误，或者量刑过重的，应当改判；④原判事实不清、证据不足的，可以裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判，或者依法改判；⑤复核期间出现新的影响定罪量刑的事实、证据的，可以裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判，或者对控辩双方补充和法庭庭外调查核实取得的证据审理后依法改判；⑥原审违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。

此外，高级人民法院复核死刑缓期执行案件，应当讯问被告人，且不得加重被告人的刑罚。

### (3) 樊某

[答案] 中级人民法院应当在判决生效后 10 日以内将有关的法律文书送达监狱。由公安机关依法将樊某送交监狱执行刑罚。

[考点] 有期徒刑的执行程序。

[解析] 《刑事诉讼法》第 253 条规定：“罪犯被交付执行刑罚的时候，应当由交付执行的人民法院在判决生效后十日以内将有关的法律文书送达公安机关、监狱或者其他执行机关。

对被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯，由公安机关依法将该罪犯送交监狱执行刑罚。对被判处有期徒刑的罪犯，在被交付执行刑罚前，剩余刑期在三个月以下的，由看守所代为执行。对被判处拘役的罪犯，由公安机关执行。

对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚。

执行机关应当将罪犯及时收押，并且通知罪犯家属。

判处有期徒刑、拘役的罪犯，执行期满，应当由执行机关发给释放证明书。”

本案中，樊某一审判判处有期徒刑 15 年，没有上诉、抗诉。中级人民法院应当在判决生效后 10 日以内将有关的法律文书送达监狱。由公安机关依法将樊某送交监狱执行刑罚。

2. [答案] 高级人民法院应按第二审程序对杨某、董某的一审判决进行审查。

[考点] 第二审程序——全面审查原则。

[解析] 《刑事诉讼法》第 222 条规定：“第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。

共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，应当对全案进行审查，一并处理。”

本案中，由于杨某和董某、樊某系共同犯罪，虽然只有樊某上诉，第二审人民法院仍应当对全案进行审查，一并处理。

3. [答案] 高级人民法院应当对全案进行审查，按死刑复核程序处理对杨某、董某的一审判决。

[考点] 附带民事诉讼第二审程序。

[解析] 《高法解释》第 313 条规定：“刑事附带民事诉讼案件，只有附带民事诉讼当事人及其法定代理人上诉的，第二审人民法院应当对全案进行审查。经审查，第一审判决的刑事部分并无不当的，第二审人民法院只需就附带民事部分作出处理；第一审判决的附带民事部分事实清楚，适用法律正确的，应当以刑事附带民事裁定维持原判，驳回上诉。”

《高法解释》第 314 条规定：“刑事附带民事诉讼案件，只有附带民事诉讼当事人及其法定代理人上诉的，第一审刑事部分的判决在上诉期满后即发生法律效力。

应当送监执行的第一审刑事被告人是第二审附带民事诉讼被告人的，在第二审附带民事诉讼案件审结前，可以暂缓送监执行。”

本案中，贾某的妻子对附带民事判决不服提起上诉，即附带民事诉讼当事人仅对附带民事诉讼部分提出了