

同和异：未成年人与成年人共同犯罪分案诉讼制度探析

郭飞 王文成

<p class="p0" style="margin-top: 0pt; margin-bottom: 0pt;"><strnoway>
</strnoway></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count:
2.0;"> </p><p><span style="font-family: 宋体; font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font: minor-fareast;
mso-hansi-theme-font: minor-fareast; mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-fnoway: minor-fareast;">
</p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"> </p><p><span
lang="EN-US"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"><span
style="fnoway-size: small;"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count:
2.0;"><span style="font-family: 宋体; font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-theme-font: minor-fareast;
mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-fnoway: minor-fareast;">新刑事诉讼法首次专设了未成年人刑事案件特别诉
讼程序，确立了成年人犯罪与未成年人犯罪诉讼区别对待的原则。由于未成年人犯罪以共同犯罪为主要形态，<span
lang="EN-US">[1]未成年人与成年人共同犯罪分案诉讼制度（以下简称“未成年犯分案诉讼”）的程
序分流功能，也就成为未成年人刑事案件特别诉讼程序得以有序、顺畅推进的重要保障。<span
lang="EN-US">[2]但由于立法模糊及理解偏差，司法实践中有的地方仍存在限制过严、当分不分或者操作随意、
影响效果的问题，不利于正确发挥分案诉讼功能。鉴于此，本文在厘定未成年人犯分案诉讼基本属性的基础上，着重讨
论分案标准、程序等较具争议的问题，以期对司法实践有所裨益。</p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt;
text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"></p><p style="margin: 0cm 0cm
0pt;"><span style="font-family: 宋体; font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-theme-font: minor-fareast;
mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-fnoway: minor-fareast;" lang="EN-US"><span style="mso-spacerun:
yes;"> </p><span style="font-family: 宋体;
font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-theme-font: minor-fareast; mso-fareast-font-family: 宋体;
mso-fareast-theme-fnoway: minor-fareast;">一、未成年人与成年人共同犯罪分案诉讼的基本属性</p><p
style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;">
</p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"><span style="font-family: 宋体;
font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-theme-font: minor-fareast; mso-fareast-font-family: 宋体;
mso-fareast-theme-fnoway: minor-fareast;">未成年犯分案诉讼是指检察机关将未成年人与成年人共同犯罪案件分案提起诉
讼并由法院分案受理裁判的诉讼制度，主要具有三方面特征：</p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent:
28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt;
text-indent: 24.65pt; mso-char-indent-count: 1.76;"><span style="font-family: 宋体; font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font:
minor-fareast; mso-hansi-theme-font: minor-fareast; mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-fnoway: minor-fareast;">（
一）未成年犯分案诉讼系司法机关自由裁量权而非未成年犯的诉讼权利</p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt;
text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"></p><p style="margin: 0cm 0cm
0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"><span style="font-family: 宋体; font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font:
minor-fareast; mso-hansi-theme-font: minor-fareast; mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-fnoway: minor-fareast;">有
学者将未成年犯分案起诉视为“未成年人在刑事诉讼中的特权利”，[3]此观
点有待商榷。尽管未成年犯分案起诉的初衷是保护未成年犯，但分案同时也涉及到司法经济、案件事实查明、确保裁判
和量刑统一等多种与司法实践密切相关的因素，应交由司法机关在综合考虑全案情况的基础上，做出既有利于保证司法
公正和司法效率，又利于保障未成年犯利益的合理选择。因此，未成年犯分案起诉应定性为司法机关在自由裁量、选择
未成年犯诉讼方式时必须遵循的一项基本原则，而不宜定性为未成年犯的法定诉讼权利，司法机关在未成年犯利益保障
方面实际扮演着“家长”的角色。</p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt;
mso-char-indent-count: 2.0;"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent:
24.65pt; mso-char-indent-count: 1.76;"><span style="font-family: 宋体; font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font: minor-fareast;
mso-hansi-theme-font: minor-fareast; mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-fnoway: minor-fareast;">（二）未成年犯
分案诉讼是实体上相互统一但裁判上绝对分开 </p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"><span
style="fnoway-size: small;"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 24.65pt; mso-char-indent-count:
1.76;"><span style="font-family: 宋体; font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-theme-font: minor-fareast;
mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-fnoway: minor-fareast;">分案诉讼后，成年犯与未成年犯之间共同犯罪的刑

事法律关系和共同侵权的民事法律关系依旧存在。因此，分案后各案在实体认定上应保持一致和协调，前案裁判必然会影响到后案裁判，甚至在前案裁判时有必要同时考虑到后案涉及的犯罪事实部分，如刑事附带民事赔偿部分；前案被告人应承担多大比例的赔偿责任，需要综合考虑两案被告人对损害结果的原因力大小，才能确保责任划分合理。但按照审判合一原则，不能在前案裁判中对后案被告人的实体权益进行处置，裁判上要做到绝对分开。

[4] 有学者指出，程序上的绝对分开是未成年犯分案起诉的基本性质。但本文认为，虽然产格意义上，分案后未成年人与成年人的诉讼身份及诉讼权利义务是相互独立的，各案中相关诉讼行为的程序性法律效力互不影响，如此才能切实发挥分案起诉制度的程序分流功能，充分保障未成年人利益。但程序与实体从来不是完全相互独立的，依旧存在程序问题与实体问题相互交织、密不可分的情况。此时，如果一律坚持程序上绝对分离，则有可能导致实体认定上的不一致，不利于法制统一实施，甚至有损司法公正。因此，涉罪未成年人分案起诉的程序分离只能是相对分离。

二、未成年人与成年人共同犯罪分案诉讼的判定标准

对未成年人与成年人共同犯罪案件以分案诉讼为原则、并案诉讼为例外，已经成为共识。未成年人与成年人共同犯罪分案诉讼的判定，关键要理清例外情形。对此，学界普遍认为应明确五种例外情形，但本文认为除“案件疑难、复杂，分案起诉有碍审理”此一情形外，未成年人与成年人共同犯罪案件均应恪守分案起诉原则，这既有国外立法先例，也符合分案起诉判定的个案性特征。

（一）“未成年人与成年人共同犯罪主犯”不应成为分案例外

学界普遍认为此种情形下，由于未成年人需要按照其所参与、组织、指挥的全部犯罪进行处罚，进行分诉分审不利于全面审查案件事实。但一方面，若按前述逻辑，当成年人系共同犯罪主犯时依旧会面临同样的问题，当然不宜进行分诉分审。如此以来，所有未成年人与成年人共同犯罪案件都宜并案，分案诉讼制度势必落空；另一方面，分案后是否会阻碍对案件事实的全面审查，与个案本身的疑难、复杂程度相关，与未成年人的主犯身份无必然联系，“未成年人与成年人共同犯罪主犯”不应成为分案例外。

（二）“未成年人与成年人具有亲属关系”不应成为分案例外

[illegible]

font-size: 14pt; mso-ascii-theme-font: minor-fareast; mso-hansi-theme-font: minor-fareast; mso-fareast-font-family: 宋体; mso-fareast-theme-fnway: minor-fareast;"><（一）未成年人与成年人共同犯罪分案诉讼的决定及公诉程序 </p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;">在决定程序层面，未成年犯分案诉讼可由司法机关依职权或依未成年犯申请决定。为了维护案件当事人的知情权，司法机关应将分案决定及时告知被告人及其辩护人、被害人及其诉讼代理人。但由于未成年犯分案诉讼与否属于司法机关自由裁量的范畴，而非未成年犯的诉讼权利，同时考虑到分案本身既不会限制当事人原本享有的诉讼权利，更不会对其实体权益造成影响，为提高司法效率，无必要设置决定的异议程序。在公诉程序层面，根据现行规定精神，[11]未成年人与成年人共同犯罪案件应由未成年人涉罪案件专门办理机构统一受理，由同一办案人员审查全案、制作一份案件审查报告，并负责出庭支持公诉。移送起诉环节，[12]由于分案只是程序分离，因此除起诉书、出庭预案等程序性材料分别制作外，分案后各案仍应统一、完整移送全案证据材料。</p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 24.65pt; mso-char-indent-count: 1.76;">（二）未成年人与成年人共同犯罪分案诉讼的审理模式</p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;">主要涉及审理顺序和审理组织的确定。首先，分案后审理顺序的确定属审判机关的自由裁量范畴，但应听取检察机关建议。一般来说，检察机关同时移送起诉后，原则上应先行审理未成年人案件，以充分保护涉罪未成年人利益，但如果为便于查明事实、确保司法公正和诉讼经济，也可综合考虑全案的案情繁简、共犯主从、罪行轻重关系进行灵活处理。此处，由于检察机关在审查起诉环节对全案做了较为全面、细致的审查，在讯问过程中与犯罪嫌疑人有直接、多次接触，对各案的诉讼风险、难易程度等有切身认识，因此审判机关在确定审理顺序时应当事先听取检察机关建议，其次，审理方式上宜由不同审判组织分别进行审理。尽管由同一审判组织审理有助于提高司法效率，但弊端更明显。一方面，将涉罪未成年人分案起诉的原因之一，就是为了防止出现并案审理存在的量刑失衡问题。[13]如果分案后仍由同一审判组织进行审理，难免会出现同样的问题，并可能滋生“先人为主”、“未审先定”等有违直接审理原则的现象。另一方面，由同一审判组织审理，要么导致大量成年人案件涌入少年法庭，要么致使少年法庭法官同时兼任普通法庭法官，不利于少年司法的职业化、专业化建设。 </p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;">（三）未成年人与成年人共同犯罪分案诉讼的程序分离问题 </p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;"></p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;">分案与并案无绝对优劣之分，而个案因素密切相关，因此，只要分案后各案处在同一诉讼阶段，司法机关就可以根据案件、诉讼情况变化来重新决定并案诉讼，以使司法公正、司法效率和未成年犯司法矫治的实践价值最大化，这也是分案诉讼程序分离限制的基本途径。在分案前提下，主要涉及以下问题。首先，上诉及抗诉程序的分离限制。分案后一案被告人提起上诉或检察机关对其中一案提出抗诉时，对另一案的处理应区分情况对待：如果以原审程序违法或存在瑕疵为由提起上诉或抗诉，因不涉及实体认定，应坚持程序分离原则，不应影响另一案诉讼程序的独立、正常进行；如果以原审认定事实不清、认定错误或法律适用错误为由提起上诉或抗诉的，因同时涉及到实体问题，应坚持实体优先原则，作出暂停另一案审理活动或暂停执行另一案判决的裁定，[14]待上诉、抗诉案件审结后，另一案再综合考虑上诉、抗诉案件裁判结果进行处理，确保司法公正和统一。其次，非法证据排除程序的分离限制。原则上，非法证据应通过庭前审查等专门程序对全案一并进行审查、排除。分案后各案对非法证据进行排除时，如果是前案排除非法证据，后案审理时司法机关应依职权主动排除相关非法证据；如果是前案已审结，后案排除非法证据的，对前案可依法按审判监督程序处理。最后，简易程序的分离适用。依据刑法规定，“共同犯罪案件中部分被告人不认罪或者对适用简易程序有异议的”不应适用简易程序。对未成年人与成年人共同犯罪分案起诉后，实际形成了两个共同犯罪案件。因此，与并案情形不同，分案后一案被告人不认罪或对适用简易程序有异议的行为，不应影响对另一案适用简易程序审理。 </p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent:

28pt; mso-char-indent-count: 2.0;">（四）未成年人与成年人共同犯罪分案诉讼的附带民事诉讼问题 </p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;">在现行法律框架下，分案后损害赔偿权利人只能分别提起刑事附带民事诉讼或另行单独提起民事诉讼。当赔偿权利人选择分别提起刑事附带民事诉讼时，可由前案先行根据相关证据，判决认定权利人遭受的全部经济损失以及前案被告人的责任大小、赔偿数额；[15]后案审理时综合考虑，再行确定后案被告人的赔偿责任。如果赔偿权利人或任一被告人就刑事附带民事提起上诉，仍可依照前述暂停审理、执行，待上诉案件审结后再行处理的规则解决。[16]</p><p style="margin: 0cm 0cm 0pt; text-indent: 28pt; mso-char-indent-count: 2.0;">（1 参见高黎：《未成2005年第2期。</p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; margin-bottom: 0pt;">（2） 既承认对未成年人犯罪在刑事诉讼程序方面的特殊保护，同时又对未成年人与成年人犯罪并案诉讼会导致以下问题：一是未成年犯与成年犯刑事诉讼程序在基本原则、诉讼权利义务、诉讼活动行为要求等方面的巨大差异，决定了两个程序在一定程度上具有互斥性。但并案情形下，由于实际诉讼活动的合并开展，难以最大限度保证未成年人犯罪特别诉讼程序精神要求的贯彻落实效果；二是由于犯罪嫌疑人或被告人对程序公正的“情境敏感”，在同一诉讼活动中对未成年犯的“优待”往往容易导致同案成年犯形成“程序不公”的感受，而进一步加剧其对司法的抵触情绪。参见 2012年第3期。</p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; margin-bottom: 0pt;">（3） 参见 2012年第5期。</p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; margin-bottom: 0pt;">（4） 这就要求对裁判文书制作方式进行完善，具体至于后文中论述。</p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; margin-bottom: 0pt;">（5） 参见 2011年第18期。</p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; margin-bottom: 0pt;">（6） 学界观点大体可归纳为“未成年人是主犯的共同犯罪案件”、“未成年人与成年人之间的必要共同犯罪案件”、“未成年人被指控罪名的法定刑在10年以上”、“未成年人与成年人具有亲属关系”及“案件疑难、复杂，分案起诉有碍审理”五种情形。如 2008年增刊；玄金华、吕连萍：《

未成年人与成年人共同犯罪分案起诉制度问题探究》，载《法制与社会》2011年第18期；苏惠芳：《浅析我国检察机关未成年人分案起诉制度》，载《辽宁警专学报》2011年第4期；李紫君：《未成年人与成年人共同犯罪案件分案起诉制度研究》，南京师范大学法律专业硕士毕业论文，2011年5月18日；薛福根、王焯君：《谈未成年刑事案件分案审理原则的适用》，载《法制与社会》2011年第12期等。以下相关内容不再一一注明出处。

“宋体”；
< >7< > 如《日本少年法》第四十九条规定：“少年的嫌疑人或者被告人，必须与其他犯罪嫌疑人或者被告人分开处理，尽可能地避免其相互接触。对于少年的被告案件，即使存在与其他被告案件有牵连的情况，只要不妨碍审理，必须在程序上将其分离。”参见 孙云晓、张美英主编：《当代未成年人法律译丛（日本卷）》，中国检察出版社2006年版，第183页。此外，是否妨害审理需要结合个案的具体情况进行判断，从立法技术上很难对其进行类型化或列举规定。

“宋体”；
< >8< > 参见 姚兵：《三省市未成年人团伙犯罪调查报告》，载《中国青年研究》2011年第4期。< > >9< > 准确来讲，学界此处所称的“必要共同犯罪”应指必要共同犯罪中的“多众犯”，即刑法分则规定的只能以二人以上的共同行为作为犯罪构成要件的犯罪，而不包括必要共同犯罪中的对向犯，如行贿罪与受贿罪。关于必要共同犯罪的前述类型划分，参见 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第667-668页。

“宋体”；
< >10< > 如在张新社犯聚众扰乱社会秩序罪一案中，商丘市睢阳区人民检察院即以商睢检刑诉〔2010〕61号起诉书对张新社提出指控、单独审理，并未与伙同犯罪的张文学、马志豪、周明勤并案起诉、审理。相关案情及判决书参见 “裁判文书网”，网址：http://www.110.com/panli/panli_4043000.html，访问时间：2013年3月8日。

“宋体”；
< >11< > 参见 《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第二十五条。< > >12< > 移送起诉的顺序《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第二十四条已经做出了明确规定。

“宋体”；
< >13< > 刑法上，对未成年人犯罪不论严重与否均要求从轻或减轻处罚，但在并案审理，法官往往会考虑全案量刑差距不宜过大，而导致在量刑层面，要么成年人被告从中获益，即因对未成年人被告的从轻量刑而得到“从轻”；要么未成年人被告从

重受损，即因对成年人被告的从重量刑而没有得到应有的从轻或减轻处罚。参见周小萍、曾宁：《略论未成年人刑事诉讼中的分案起诉制度》，载《少年司法》2000年第5期。

（暂停执行另一案判决的具体含义系指暂时恢复到移送起诉后、未决前状态。

（但应注意，前案判决中不应包含后案被告人姓名等内容，防止未审先判。

（采用该处理方式实属无奈，根本上仍需对我国现行刑事附带民事诉讼制度进行修改、完善。对此，学界已经进行了较为深入的讨论，如黄迁、张世民：《共同犯罪刑事附带民事诉讼的重构》，载《法制与社会》2010年第30期。