

厚大 司考



2016年国家司法考试

杨雄讲刑诉

之 同步训练

杨雄 编著 | 厚大出品

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



2016年国家司法考试

杨雄讲刑诉

之 同步训练

杨雄 编著 | 厚大出品

图书在版编目(CIP)数据

杨雄讲刑诉之同步训练 / 杨雄编著. —北京: 中国法制出版社, 2015. 11

2016 年国家司法考试厚大讲义同步训练系列

ISBN 978—7—5093—7008—7

I. ①杨… II. ①杨… III. ①刑事诉讼法—中国—法律工作者—资格考试—习题集 IV. ①D925. 2—44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 272531 号

策划编辑 李连宇

责任编辑 侯 鹏

封面设计 吴 琼 进小莹

杨雄讲刑诉之同步训练

YANGXIONG JIANG XINGSU ZHI TONGBU XUNLIAN

编著 / 杨雄

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市华润印刷有限公司

开本 / 787 毫米×1092 毫米 16

版次 / 2016 年 1 月第 1 版

印张 / 11.5 字数 / 260 千

2016 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978—7—5093—7008—7

定价: 23.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66010678

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010—66032926)

序 言

有些考生朋友以为，刑事诉讼法属于记忆性学科，在考前突击地背诵一下重点，就可以斩获高分。但令人扼腕痛惜的是，很多考生到了考场上才追悔莫及，发现自己对刑事诉讼法的知识点或者法条记忆如此模糊。

——原来，随着2012年刑事诉讼法及其司法解释的修改，刑事诉讼法的知识点以及法律规定变得愈加繁杂。再加之，近年来的刑事诉讼法司考真题对法条的考查愈加精细化，考点常常集中于重点法条中的关键词。因此，我们必须通过做高质量的试题，巩固刑事诉讼法的重要知识点和法条，熟稔其命题角度，掌握其考点和考眼。

有些考生朋友很困惑：为什么我把刑事诉讼法的重要知识点和法条都记住了，做题的时候还是不知道试题在考查什么知识点，还是不会运用理论知识和法条来化解试题中的难点呢？

——殊不知，刑事诉讼法司考试题的理论性、综合性已经逐年增强，许多真题已经不是靠强化记忆能够解决的。我们必须通过做高水平的试题，养成“题感”，才能将自己的专业知识转化为得分的能力，才不至于事倍而功半。

有些考生朋友满脸疑惑：真题不是最好的题吗？还用做模拟题吗？

——毫无疑问，司考真题能够凸显命题规律和重点。在复习司法考试时，要高度重视真题的作用。但是，对于2012年刑事诉讼法及其司法解释的修改之处以及每年司法考试大纲新增知识点、司法解释，很多没有对应的真题。所以，我们必须依靠演练质量上乘的模拟题，针对这些新增知识点和法条做好充分的应考准备。

有些考生朋友不禁会问：高质量的刑事诉讼法模拟题在哪里？

——市面上销售的模拟题质量参差不齐、鱼龙混杂。有的模拟题的难度未达到司法考试真题的水平；有的模拟题过于怪异，甚至存在超纲之嫌。做这种模拟题只会误导您的复习方向，浪费您宝贵的复习时间。而本书作者深谙司考命题规律，在本书的撰写中融入了多年来的司考教学经验，力图与真题相匹敌，甚至高于真题！我们相信，本书会成为您司考之路上攻克刑诉难关的不二之选。

本书的作者杨雄在其新浪微博“刑诉杨雄”（地址：<http://weibo.com/yan-gxiongbn>）上专门对读者在阅读本书时提出的问题进行答疑。

最后，感谢厚大教育郭兵总裁、李其生副总裁、李海周老师、本书编辑宋建伟老师对本书的精心策划以及耐心、细致、专业的编校工作，但一切文责自负！

杨 雄

2015年12月

目 录

刑事诉讼法典型题型与解题技巧

一、刑事诉讼基本概念	(1)
二、刑事诉讼基本原则、刑事审判原则	(2)
三、诉讼参与人	(5)
四、管辖	(8)
五、刑事证据理论	(9)
六、上诉不加刑原则	(10)
七、审判监督程序的提起主体	(12)
八、未成年人刑事案件诉讼程序	(13)
九、刑事诉讼程序找错题案例分析题	(14)
十、刑事证据运用的案例分析题	(17)

同步训练[试题]

一、刑事诉讼理论和原则篇	(20)
二、刑事诉讼制度篇	(24)
三、刑事诉讼程序篇	(45)

同步训练[答案及解析]

一、刑事诉讼理论和原则篇	(75)
二、刑事诉讼制度篇	(83)
三、刑事诉讼程序篇	(124)

答案速查	(176)
------------	---------

刑事诉讼法典型题型与解题技巧^①

1

刑事诉讼基本理念

1. 命题特点与解题思路

对于刑事诉讼基本理念，一般有两种考查方式：一是考查刑事诉讼基本理念本身，换言之，从理论到理论。这种题目需要考生对刑事诉讼基本理念有着熟练的记忆和理解。二是考查刑事诉讼基本理念在具体司法实践做法或者案例中的体现。这种试题相对较难。解题的思路：首先寻找题干中实践做法或者案例的关键词，接着找到与这些关键词对应的基本理念。当然，在看选择项时，一方面要排除对理念错误的表述，另一方面要找到与题干中实践做法或者案例契合的理念表述。

2. 实例分析

甲发现自家优质甜瓜常被人夜里偷走，怀疑乙所为。某夜，甲带上荧光恐怖面具，在乙偷瓜时突然怪叫，乙受到惊吓精神失常。甲后悔不已，主动承担乙的治疗费用。公安机关以涉嫌过失致人重伤将甲拘留，乙父母向公安机关表示已谅解甲，希望不追究甲的责任。在公安机关主持下，乙父母与甲签订和解协议，公安机关将案件移送检察院并提出从宽处理建议。下列社会主义法治理念和刑事诉讼理念的概括，哪一选项与本案处理相一致？（2012/2/23）

- A. 既要充分发挥司法功能，又要构建多元化的矛盾纠纷化解机制
- B. 既要坚持法律面前人人平等，又要考虑对特殊群体区别对待
- C. 既要追求公平正义，又要兼顾诉讼效率
- D. 既要高度重视程序的约束作用，又不应忽略实体公正

〔答案〕____^②

〔分析〕本题要求考生对某种司法实践的做法进行分析，明确其中体现的社会主义法治理念和刑事诉讼理念。考生首先要知道，题干中给出的做法实际上就是2012年《刑事诉讼法修正案》中增设的公诉案件当事人的刑事和解。接着，考生应当回顾社会主义法治理念的内容，社会主义法治理念中的“公平正义”要求正确处理司法与其他社会纠纷解决手段的关系。在社会矛盾和纠纷的解决中，恰当地发挥司法的功能，克服过度依赖司法、过多依靠裁判的偏向，把有限的司法资

^① 在本书中，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》简称为《高法解释》，最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》简称为《高检规则》，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》简称为《六机关规定》，《公安机关办理刑事案件程序规定》简称为《公安部规定》。

^② A

源运用于维护和实现公平正义的关键环节,广泛调动各种社会力量,构建多元化的社会矛盾纠纷化解机制,运用多方面社会资源解决矛盾和纠纷。刑事和解不同于传统的公诉案件办案方式,在当事人和解程序中,国家通过其刑罚权的部分退让,促使加害人与被害人通过和解方式化解他们之间的刑事纠纷并在此基础上处理刑事案件。本题中案件的处理方式体现了既要充分发挥司法功能,又要构建多元化的矛盾纠纷化解机制,故A项正确。B项的错误在于,甲并非特殊群体。C项的错误在于,刑事和解并非追求诉讼效率的体现。D项的错误在于,此案的处理与“兼顾程序和实体公正的理念”联系不大。故本题的正确答案为A项。

2 刑事诉讼基本原则、刑事审判原则

1. 命题特点与解题思路

刑事诉讼基本原则和审判原则都体现在具体的法律规则中。对刑事诉讼基本原则和审判原则,一般有两种考查方式:其一,考查对刑事诉讼基本原则的理解,比如,法定情形下不予追究刑事责任原则较为复杂,而且规定的非常具体,所以司法考试中百考不厌。其二,考查刑事诉讼基本原则在刑事诉讼制度和程序中的体现或者要求。最为常见的考查方法是:给出一个法条或者一种做法,让考生辨别其体现或者违背了哪些或者哪一基本原则。以上两种考查方式,都要求考生能够对刑事诉讼基本原则或者审判原则的含义和要求有深入的理解。

2. 实例分析

(1)二审法院发现一审法院的审理违反《刑事诉讼法》关于公开审判、回避等规定的,应当裁定撤销原判、发回原审法院重新审判。关于该规定,下列哪些说法是正确的?(2012/2/65)

- A. 体现了分工负责、互相配合、互相制约的原则
- B. 体现了严格遵守法定程序原则的要求
- C. 表明违反法定程序严重的,应当承担相应法律后果
- D. 表明程序公正具有独立的价值

[答案] ____^①

[分析]《刑事诉讼法》第227条确立的程序违法能够带来法律后果的规定,体现了严格遵守法定程序原则,同时,也体现了程序公正的独立价值。故本题BCD三项均正确。本题的难点是A项的判断,考生首先应当理解“分工负责、互相配合、互相制约的原则”的含义。“分工负责”,是指人民法院、人民检察院和公安机关在刑事诉讼中根据法律有明确的职权分工,应当在法定范围内行使职权,各司其职,各负其责,既不能相互替代,也不能相互推诿。“互相配合”,是指人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,应当在分工负责的基础上,

^① BCD

相互支持，通力合作，使案件的处理能够上下衔接，协调一致，共同完成查明案件事实，追究、惩罚犯罪的任务。“互相制约”，是指人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当按照诉讼职能的分工和程序上的设置，相互约束，相互制衡，以防止发生错误或及时纠正错误，保证准确执行法律，做到不错不漏、不枉不纵。本题中二审法院以程序违法发回重审体现的是上下级法院之间的监督，而非公检法三机关的制约和监督。故 A 项不当选。

(2)开庭审判过程中，一名陪审员离开法庭处理个人事务，辩护律师提出异议并要求休庭，审判长予以拒绝，四十分钟后陪审员返回法庭继续参与审理。陪审员长时间离开法庭的行为违背下列哪一审判原则？(2013/2/37)

- A. 职权主义原则 B. 证据裁判规则
C. 直接言词原则 D. 集中审理原则

[答案] ____^①

[分析]解答本题，关键应当理解职权主义原则、证据裁判规则、直接言词原则、集中审理原则的含义和体现。职权主义是与当事人主义对应的概念。证据裁判规则是证据制度的一项规则。直接言词原则既是审判原则，也是证据制度的基本原则之一。集中审理原则是审判原则。本题的命题存在一定的瑕疵，题干中陪审员的行为既有违直接言词原则，也在一定程度上违背了集中审理原则。职权主义审判模式，又称审问式审判模式，是指法官在审判程序中居于主导和控制地位，而限制控辩双方积极性的审判模式。职权主义审判模式有三个基本特征：法官居于中心地位，主导法庭审理的进行；控辩双方的积极性受到抑制，处于消极被动的地位；法官掌握程序控制权。本题中，陪审员中途离开法庭的行为，与职权主义无关。故 A 项不当选。证据裁判规则，又称证据裁判主义、证据为本原则，是指对于案件事实的认定，必须有相应的证据予以证明。没有证据或者证据不充分，不能认定案件事实。本题中，陪审员中途离开法庭的行为，与证据裁判原则无关。故 B 项不当选。直接言词原则，是指法官必须在法庭上亲自听取当事人、证人及其他诉讼参与人的口头陈述，案件事实和证据必须由控辩双方当庭口头提出并以口头辩论和质证的方式进行调查。直接言词原则包括直接原则和言词原则，因二者均以有关诉讼主体出席法庭为先决条件，联系紧密，理论上合称为直接言词原则。所谓直接原则，是指法官必须与诉讼当事人和诉讼参与人直接接触，直接审查案件事实材料和证据。直接原则又可分为直接审理原则和直接采证原则。前者的含义是，法官审理案件时，公诉人、当事人及其他诉讼参与人应当在场，除法律另有特别规定外，如果上述人员不在场，不得进行法庭审理。否则，审判活动无效。在这一意义上，直接审理原则也称为在场原则。直接采证原则是指，法官对证据的调查必须亲自进行，不能由他人代为实施，而且必须当庭直接听证和直接查证，不得将未经当庭亲自听证和查证的证据加以采纳，不得以书面审查方式采信证据。所谓言词原则，是指法庭审理须以口头陈述的方式进

^① C

行。包括控辩双方要口头进行陈述、举证和辩论，证人、鉴定人要口头作证或陈述，法官要以口头的形式进行询问调查。除非法律有特别规定，凡是未经口头调查之证据，不得作为定案的依据采纳。本题中，陪审员中途离开法庭的行为，违背了直接原则，所以，C项正确。集中审理原则，又称不中断审理原则，是指“法院开庭审理案件，应在不更换审判人员的条件下连续进行，不得中断审理的诉讼原则”。集中审理原则的一个要求就是：法庭成员不可更换。法庭成员（包括法官和陪审员）必须始终在场参加审理。对于法庭成员因故不能继续参加审理的，应由始终在场的候补法官、候补陪审员替换之。如果没有足够的法官、陪审员可以替换，则应重新审判。这也是直接原则的要求。因为参与裁判制作的法官、陪审员必须参与案件的全部审理活动，接触所有的证据，全面听取法庭辩论，否则无以对案件形成全面的认知并作出公正的裁判。故本题中，陪审员中途离开法庭的行为，也在一定程度上违背了集中审理原则。

（3）社会主义法治的公平正义，要通过法治的一系列基本原则加以体现。“未经法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”是《刑事诉讼法》确立的一项基本原则。关于这一原则，下列哪些说法是正确的？（2013/2/64）

- A. 明确了定罪权的专属性，法院以外任何机关、团体和个人都无权行使这一权力
- B. 确定被告人有罪需要严格依照法定程序进行
- C. 表明我国刑事诉讼法已经全面认同和确立无罪推定原则
- D. 按照该规定，可以得出疑罪从无的结论

〔答案〕____①

〔分析〕本题和上一题的考查方式有所不同，主要考查“未经法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”原则的体现。答对本题的关键是，考生应注意该原则与无罪推定原则的区别。无罪推定原则在许多国际文件中表述为：“凡受刑事控告者，在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而依法证实有罪以前，有权被视为无罪。”与我国的“未经法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”原则有着一定的区别。“未经法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”原则明确规定了确定被告人有罪的权力由人民法院统一行使，其他任何机关、团体和个人都无权行使。定罪权是刑事审判权的核心，人民法院作为我国唯一的审判机关，代表国家统一独立行使刑事审判权。人民法院判决被告人有罪，必须严格依照法定程序，在保障被告人享有充分的辩护权的基础上，依法组成审判庭进行公正、公开的审理。故AB两项说法正确。“未经法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”原则在一定程度上吸收了无罪推定原则的精神。故C项说法错误。我国刑事诉讼法只是在审查起诉和第一审程序中体现了疑罪从无的精神，从“未经法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”原则中无法得出疑罪从无的结论。故D项说法错误。本题符合题意的是AB两项。

① AB

3

诉讼参与人

1. 命题特点与解题思路

对于诉讼参与人这一知识点，司法考试中经常考查诉讼参与人的诉讼地位和诉讼权利。具体有两种考查方式：第一，考查诉讼参与人享有哪些诉讼权利，不享有哪些诉讼权利。对于这种考查方式，考生们必须对诉讼参与人的诉讼权利的相关法条掌握得非常细致。尤其是，考生应当注意每种诉讼参与人的诉讼权利的细微差别。可以说，诉讼参与人诉讼地位的不同，决定了他们的诉讼权利也会有所差别。第二，将不同的诉讼参与人放在一起加以比较考查。命题者往往用张冠李戴的方式来迷惑考生。

2. 实例分析

(1)关于被害人在刑事诉讼中的权利，下列哪一选项是正确的？(2014/2/25)

- A. 自公诉案件立案之日起有权委托诉讼代理人
- B. 对因作证而支出的交通、住宿、就餐等费用，有权获得补助
- C. 对法院作出的强制医疗决定不服的，可向作出决定的法院申请复议一次
- D. 对检察院作出的附条件不起诉决定不服的，可向上一级检察院申诉

[答案] ____^①

[分析] 本题考查被害人的诉讼权利，其综合性较强。有的考生以为，被害人参照适用关于证人的法律规定，认为被害人也有权获得补助。实际上，这些考生忽视了法律的具体规定以及被害人与证人在诉讼地位上的区别。有的考生对法条的记忆不够准确，简单地就记住对法院作出的强制医疗决定可以申请复议，但是不记得是向上一级法院申请复议一次。

[解析] 《刑事诉讼法》第44条第1款规定，公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。自诉案件的自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。故A项的错误在于，不是“立案之日起”，而是“移送审查起诉之日起”。《刑事诉讼法》第63条第1款规定，证人因履行作证义务而支出的交通、住宿、就餐等费用，应当给予补助。证人作证的补助列入司法机关业务经费，由同级政府财政予以保障。故B项的错误在于，只需要补助证人，不需要补助被害人。《刑事诉讼法》第287条第2款规定，被决定强制医疗的人、被害人及其法定代理人、近亲属对强制医疗决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。故C项的错误在于，不是向作出决定的法院申请复议一次，而是向上一级法院申请复议。《刑事诉讼法》第271条第2款规定，对附条件不起诉的决定，公安机关要求复议、提请复核或者被害人申诉的，适用本法第175条、第176条的规定。《刑事诉讼法》第176条规定，对于有被害

^① D

人的案件，决定不起诉的，人民检察院应当将不起诉决定书送达被害人。被害人如果不服，可以自收到决定书后7日以内向上一级人民检察院申诉，请求提起公诉。《全国人大常委会关于〈刑事诉讼法〉第二百七十一条第二款的解释》规定，检察院办理未成年人刑事案件，在作出附条件不起诉的决定以及考验期满作出不起诉的决定以前，应当听取被害人的意见。被害人对检察院对未成年犯罪嫌疑人作出的附条件不起诉的决定和不起诉的决定，可以向上一级检察院申诉，不适用刑事诉讼法第176条关于被害人可以向法院起诉的规定。故D项正确。本题正确答案为D项。

(2)关于证人与鉴定人的共同特征，下列哪些选项是正确的？(2009/2/69)

- A. 是当事人以外的人
- B. 与案件或案件当事人没有利害关系
- C. 具有不可替代性
- D. 有义务出席法庭接受控辩双方询问

[答案] ____^①

[分析] 刑事诉讼中的证人是指在诉讼外了解案件情况的当事人以外的人。刑事诉讼中的鉴定人是指接受公安司法机关的指派或者聘请，运用自己的专门知识或者技能对刑事案件中专门问题进行分析判断并提出书面鉴定意见的人。两者的共同之处有：二者都是刑事诉讼中除公安司法人员及当事人以外，参与诉讼活动并在诉讼中享有一定的诉讼权利、承担一定的诉讼义务的人；有义务出席法庭接受控辩双方询问。故AD项正确。

证人与鉴定人的不同之处有：(1)证人是由案件本身决定的，因此具有不可选择性和不可替代性。鉴定人则是在案件发生后由公安、司法机关根据需要指派或聘请的，既可以选择，也可以更换和替代，必要时还可以组织重新鉴定或补充鉴定。故本题C项错误。(2)证人提供证人证言，是向有关机关和人员陈述自己所了解的案件事实。鉴定人事先并不了解案件事实，而是对案件中某些专门问题进行分析研究后提出判断性意见，从而对案件事实起证明作用。(3)证人作证不需要具备何种专门知识，只要能够辨别是非，能够正确表达，都可以作证人。而鉴定人必须具备有关的专门知识和技能。(4)只要是了解案件情况的人，依法都有作证的义务，都可以充当证人，证人不存在回避的问题。鉴定人则不同，如果与本案或本案当事人有利害关系或其他法定情况，便应当回避，不能接受指派或聘请作鉴定人。故B项错误。(5)鉴定人为了提供科学的结论，可以要求了解有关案情或阅览有关案卷材料；几个鉴定人共同鉴定时，可以互相讨论，共同写出鉴定意见。证人则不能要求了解案情，而且法律明确规定询问证人应当个别进行，证人之间不能互相讨论。

(3)关于刑事诉讼法定代理人与诉讼代理人的区别，下列哪些选项是正确的？(2009/2/67)

^① AD

- A. 法定代理人基于法律规定或法定程序产生, 诉讼代理人基于被代理人委托产生
- B. 法定代理人的权利源于法律授权, 诉讼代理人的权利源于委托协议授权
- C. 法定代理人可以违背被代理人的意志进行诉讼活动, 诉讼代理人的代理活动不得违背被代理人的意志
- D. 法定代理人可以代替被代理人陈述案情, 诉讼代理人不能代替被代理人陈述案情

[答案] ____ ①

[分析] 《刑事诉讼法》第 106 条规定: “……(三) ‘法定代理人’ 是指被代理人的父母、养父母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表; ……(五) ‘诉讼代理人’ 是指公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属、自诉案件的自诉人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人和附带民事诉讼的当事人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人; ……” 据此, 法定代理人是基于法律规定或法定程序产生, 其权利来源于法律授权, 诉讼代理人是基于被代理人委托产生, 其权利源于委托协议授权。选项 AB 正确。

同样根据前述规定, 诉讼代理人只能在被代理人授权范围内进行诉讼活动, 既不能超越代理范围, 也不能违背被代理人意志。而根据该法第 216 条规定, 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。据此, 法定代理人享有独立上诉权, 即便被告人不同意, 法定代理人也可以提起上诉, 可以违背被代理人意志进行诉讼活动, 选项 C 正确。

根据刑事诉讼法的有关规定, 法定代理人享有广泛的与被代理人大致相同的诉讼权利, 但是陈述案情的权利具有人身性质, 所以, 法定代理人不可以代替被代理人陈述案情, 诉讼代理人也不能代替被代理人陈述案情, 因此选项 D 不正确。

(4) 下列关于刑事诉讼中辩护人与诉讼代理人区别的表述, 哪一项是正确的? (2005/2/25)

- A. 介入诉讼的时间不同
- B. 可以担任辩护人和诉讼代理人的人员范围不同
- C. 是否出席法庭不同
- D. 承担的刑事诉讼职能不同

[答案] ____ ②

[分析] 依据《刑事诉讼法》第 33 条和第 44 条的规定, 在公诉案件中, 辩护人介入诉讼的时间提前至侦查阶段, 诉讼代理人的介入时间仍是自案件移送审查起诉之日起。因此两者介入诉讼的时间不同, A 项正确。

① ABC

② AD

在刑事诉讼中,委托诉讼代理人范围与辩护人的范围相同,即律师、人民团体或者被代理人所在单位推荐的人、被代理人的监护人、亲友。因此 B 项错误。

依据《刑事诉讼法》第 182 条第 3 款规定,人民法院确定开庭日期后,应当将开庭的时间、地点通知人民检察院,传唤当事人,通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员,传票和通知书至迟在开庭 3 日以前送达。因此,辩护人和诉讼代理人都可以出席法庭, C 项错误。

在刑事诉讼中,辩护人是依法为犯罪嫌疑人、被告人辩护,以保护其合法权益的人,其承担辩护职能。而诉讼代理人则是以被代理人的名义进行诉讼,维护公诉案件被害人及其法定代理人或近亲属、自诉案件自诉人及其法定代理人等的合法权益,代表其行使在对方签订的委托协议授权范围内的诉讼权利,承担的是控诉职能。可见辩护人和诉讼代理人的刑事诉讼职能是不同的,故 D 项正确。

4

管 辖

1. 命题特点与解题思路

管辖的内容相对而言比较琐碎,理论性偏弱。在司法考试中,考查管辖主要有两种方式:第一,单独考查管辖,比如公安机关、检察院、法院管辖的刑事案件包括哪些。第二,将管辖结合其他知识点加以考查。把立案管辖、级别管辖暗含在题目中加以考查。这就告诫考生:在试题中一旦出现了具体罪名或者案件,首先就应当考虑这个具体罪名或者案件的立案管辖和级别管辖问题,唯有如此,才能识破命题者设置的陷阱。

2. 实例分析

(1) 王某因涉嫌报复陷害罪被立案侦查后,发现负责该案的侦查人员刘某与自己曾是邻居,两家曾发生过纠纷,遂申请刘某回避。对于刘某的回避应当由谁决定?(2006/2/24)

- | | |
|----------|-----------|
| A. 公安局局长 | B. 检察院检察长 |
| C. 法院院长 | D. 检察委员会 |

[答案] ____ ①

[分析] 本题表面上考查回避制度中决定回避的主体,实际上隐含考查了三机关立案范围,并间接考查了报复陷害罪与诬告陷害罪的区别。依据《刑法》第 254 条的规定,前者的犯罪主体是特殊主体,为国家机关工作人员;依据《刑法》第 243 条的规定,后者的犯罪主体是一般主体。依《刑事诉讼法》第 18 条第 2 款规定,本案为报复陷害罪,属于检察院直接立案侦查的案件。又依据《刑事诉讼法》第 30 条第 1 款规定,对于检察院直接立案侦查的案件涉及的侦查人员的回避

① B

由检察长决定。本案的侦查人员刘某属于检察人员，而且本题中并未指明刘某是检察长，应视为一般检察人员，不需要由检察委员会决定。所以本题 B 项正确。

(2)某看守所干警甲，因涉嫌虐待被监管人乙被立案侦查。在审查起诉期间，A 地基层检察院认为甲情节显著轻微，不构成犯罪，遂作不起诉处理。关于该决定，下列哪一选项是正确的？(2008/2/24)

- A. 公安机关有权申请复议复核
- B. 某甲有权向原决定检察院申诉
- C. 某乙有权向上一级检察院申诉
- D. 申诉后，上级检察院维持不起诉决定的，某乙可以向该地的中级法院提起自诉

[答案] ____ ①

[分析] 本题全面考查了对不起诉决定的救济，需注意三点：(1)与立案管辖结合考查。如本题 A 项，考查的是不起诉决定的救济，但如果考生注意到本案是一起“虐待被监管人员”的案件，属于检察院自侦案件，就不会被 A 项迷惑。(2)题中的“甲情节显著轻微，不构成犯罪”，而不是“犯罪情节轻微”，故属于法定不起诉的情形，犯罪嫌疑人甲无权对该不起诉提出申诉，被害人乙则有权对该不起诉向上一级检察院申诉。故 B 项错误，C 项正确。(3)结合级别管辖思考，注意被害人对不起诉决定不服而申诉时的法院级别问题。对于被害人申诉后，上级检察院维持不起诉决定的，被害人提起自诉时，应遵守人民法院级别管辖的规定。本案由 A 地基层检察院审查起诉，则某乙应向原作出不起诉决定的人民检察院的同级人民法院起诉，即应向基层法院提起自诉，因此 D 项错误。

5

刑事证据理论

1. 命题特点与解题思路

在历年司法考试中，刑事证据这一部分都常考理论性较强的试题。因为，刑事证据的理论性问题较复杂。考查证据理论，主要有两种方式：第一，考查纯理论性问题。比如证据的属性、刑事证据的基本原则、证据的法定种类和理论分类等。第二，将理论和法条结合起来考查。比如刑事证据规则、证明对象、证明责任、证明标准、证据的审查和运用规则等。无论采用哪种考查方式，考生首先应当对相关的证据理论有深入的理解，然后针对具体的事例或者案例以及法条进行分析。

2. 实例分析

下列哪一选项表明我国基本确立了自白任意性规则？(2012/2/28)

- A. 侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以对讯问过程进行录音或者录像
- B. 不得强迫任何人证实自己有罪

① C

- C. 逮捕后应当立即将被逮捕人送交看守所羁押
D. 不得以连续拘传的方式变相拘禁犯罪嫌疑人、被告人

[答案] ____^①

[分析] 考生解答本题时,首先要理解自白任意性规则的含义,然后结合四个选项进行分析。这四个选项均是2012年《刑事诉讼法修正案》中的法条,看似都与自白任意性规则有直接或者间接的联系,但是考生应当选出其中最为直接表明我国基本确立了自白任意性规则的一个规定。在某种意义上,这是一道理论和法条紧密结合的试题,具有一定的难度。自白任意性规则,又称非任意自白排除规则,是指在刑事诉讼中,只有基于被追诉人自由意志而作出的自白(即承认有罪的供述),才具有可采性;违背当事人意愿或违反法定程序而强制作出的供述不是自白,而是逼供,不具有可采性,必须予以排除。《刑事诉讼法》第50条规定,不得强迫任何人证实自己有罪。此规定即表明我国基本确立了自白任意性规则。故本题选择B项。

6

上诉不加刑原则

1. 命题特点与解题思路

上诉不加刑原则是司法考试刑事诉讼法百考不厌的知识点。该考点相关的法条规定相当复杂。司法考试主要考查的就是,什么情况下可以加刑,什么情况下不能加刑。如果能够加刑,依照何种程序来加刑。考生应当首先了解该原则的理论基础,该原则旨在保护被告人的上诉权,防止因上诉而遭致不利的后果。在答题时,首先看有无人民检察院提出抗诉的或者自诉案件自诉人提出上诉;如果没有的话,接着看刑期、刑种和刑罚执行方式有无加重。

2. 实例分析

(1)下列哪一选项违反上诉不加刑原则?(2009/2/35)

- A. 一审法院认定马某犯伤害罪判处有期徒刑3年,马某上诉,检察院没有抗诉,二审法院认为一审判决认定事实不清,发回原审法院重新审判
B. 一审法院认定赵某犯抢夺罪判处有期徒刑5年,赵某上诉,检察院没有抗诉,二审法院在没有改变刑期的情况下将罪名改判为抢劫罪
C. 一审法院以盗窃罪判处金某有期徒刑2年、王某有期徒刑1年,金某、王某以没有实施犯罪为由提起上诉,检察院认为对金某量刑畸轻提出抗诉,二审法院经审理认为一审对金某、王某量刑均偏轻,但仅对金某改判为5年
D. 一审法院认定石某犯杀人罪判处死刑立即执行,犯抢劫罪判处无期徒刑,数罪并罚决定执行死刑立即执行。石某上诉后,二审法院认为石某在抢劫现场杀人只构成抢劫罪一个罪,遂撤销一审对杀人罪的认定,以抢劫罪判处死刑立即执行

^① B

[答案] ____ ①

[解析] 《刑事诉讼法》第 225 条第 1 款规定:“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:……(三)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。”据此,选项 A 并不违反上诉不加刑原则。

《高法解释》第 325 条规定:“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。人民检察院抗诉或者自诉人上诉的案件,不受前款规定的限制。”根据第 1 款第(二)项,选项 B 中第二审法院在没有改变刑期的情况下将罪名改判为抢劫罪的做法,以及选项 C 中第二审法院不加重王某刑罚的做法,都符合上诉不加刑原则的要求。至于选项 C 中对金某的改判,因检察院已对金某提出抗诉,故对金某不适用上诉不加刑原则。根据第 1 款第(三)项,选项 D 中,法院在只有石某上诉而检察院没有抗诉的情形下,以抢劫罪判处石某死刑立即执行,尽管总的刑罚未变,但加重了数罪中一罪(抢劫罪)的刑罚,违背了上诉不加刑原则。正确答案是 D 项。

(2) 朱某自诉陈某犯诽谤罪,法院审理后,陈某反诉朱某侮辱罪。法院审查认为,符合反诉条件,合并审理此案,判处陈某有期徒刑 1 年,判处朱某有期徒刑 1 年。两人不服,均以对对方量刑过轻、己方量刑过重为由提出上诉。关于二审法院的判决,下列哪些选项是正确的?(2010/2/77)

- A. 如认为对两人量刑均过轻,可同时加重朱某和陈某的刑罚
- B. 如认为对某一人的量刑过轻,可加重该人的刑罚
- C. 即使认为对两人量刑均过轻,也不得同时加重朱某和陈某的刑罚
- D. 如认为一审量刑过轻,只能通过审判监督程序纠正

[答案] ____ ②

[解析] 根据前引《高法解释》第 325 条规定,审理被告人或者其法定代理

① D

② AB

人、辩护人、近亲属提出上诉的案件，不得加重被告人的刑罚。人民检察院抗诉或者自诉人上诉的案件，不受上述规定的限制。据此，上诉不加刑原则的适用仅限于只有被告人一方上诉，而不适用于自诉人提出上诉的案件。本题中，朱某和陈某均是自诉人，朱某和陈某均提起了上诉，故不应适用上诉不加刑原则。据此，二审法院认为两人量刑过轻，可同时加重朱某和陈某的刑罚，如认为对某一人的量刑过轻，可加重该人的刑罚，故选项 AB 正确，CD 不正确。

7

审判监督程序的提起主体

1. 命题特点与解题思路

审判监督程序针对的是已经生效的判决、裁定，所以首先必须明确作出生效判决、裁定的是哪一级人民法院，只有这样才能确定所谓的各级人民法院、上级人民法院和上级人民检察院，从而最终确定有权提起审判监督程序的主体。此外，考生还应注意，提起审判监督程序的抗诉和提起二审抗诉的程序有所不同。二审的抗诉是作出未生效裁判法院的同级人民检察院提起的抗诉，而再审抗诉则是上级检察院针对下级法院的生效裁判提起的抗诉，当然，最高人民检察院针对最高人民法院作出的裁判也有权提起再审抗诉。

2. 实例分析

甲因犯抢劫罪被市检察院提起公诉，经一审法院审理，判处死刑缓期二年执行。甲上诉，省高级人民法院核准死缓判决。根据审判监督程序规定，下列哪一做法是错误的？（2010/2/38）

- A. 最高法院自行对该案重新审理，依法改判
- B. 最高法院指令省高级人民法院再审
- C. 最高检察院对该案向最高法院提出抗诉
- D. 省检察院对该案向省高院提出抗诉

〔答案〕___①

〔疑难辨析〕本题涉及的是死缓案件，考生应从该案经省高级人民法院核准字样中判断出生效判决的作出法院为省高级人民法院。《刑事诉讼法》第 243 条规定：“各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实或者在适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审。最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。……”据此，最高人民

① D