

法律版

2010

司法考试精神和体系

SIFA KAOSHI JINGSHEN HE TIXI

诉讼法45专题

张能宝/主编

体系表 + 真题 + 考点精讲 + 实例 + 法条 = 司考过关

统计表明：每年司法考试95%以上试题都可以直接在本书中找到答案，被考生评为短时间提高司考成绩最佳图书。

2010年全新修订——

潜心研读20天 提高效率百分百



法律出版社

2010 司法考试精神和体系

诉讼法 45 专题

主 编 张能宝
副主编 杨艳霞 张 玲 秦华伦
刘亚莉 张劲晗 韩景慧

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法 45 专题/张能宝主编. —北京:法律出版社,2009. 12

(2010 司法考试精神和体系)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0146 - 3

I. ①诉… II. ①张… III. ①诉讼法—中国—法律工作者——资格考核—自学参考资料 IV. ①D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 210658 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787 × 1092 毫米 1/16

印张/19.25 字数/576 千

版本/2009 年 12 月第 1 版

印次/2009 年 12 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 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

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 - 63939781/9782 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0146 - 3

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

提高阶段,我们应当如何学习

——代前言

每年到司法考试复习的提高阶段,很多考生都会产生这样的困惑:越学越多,越学越乱,越学越不会。究其原因,一是不会重点学习:不会、不敢、不忍放弃,一般性知识、次重点知识与考点知识不加区分、广取博爱。二是不会深入学习:掌握了考点知识的概念,却没有理解其内涵,掌握了考点知识的表面特征,却没有领会其实质构成,不能由表及里,深入把握其内在精神与要领。三是不会联系学习:不会加强相同考点的串联、相异考点的对比、相似考点的区分,不能以点带面、融会贯通,不能形成考点知识系统。四是不会整体学习:只见树木不见森林,只掌握了一个一个孤立零散的具体制度这些“棋子”,没有在此基础上,形成整个部门法的考点知识“一盘棋”。

为帮助大家克服上述提高阶段之不足,我们修订编写了《2010 司法考试精神和体系》,本书分为《民法 60 专题》、《刑法 50 专题》、《诉讼法 45 专题》、《商经法·国际法学 46 专题》、《行政法·理论法学·司法制度 46 专题》五部分,通过精心筛选考点,深度解析考点,形成考点知识系统,在近 5 年司法考试考点涵盖基础上,加强联系对比区分,揭示考点、分解考点、突破考点、训练考点,推进大家在提高阶段的复习中迈上一个更高台阶,实现高分突破。

值得一提的是,2008 年、2009 年司法考试,有超过 95% 的试题可以直接在本书上找到答案。以民法为例,依据《2008 司法考试精神和体系》之《民法 62 专题》可以直接得出当年 94.6% 的民法试题答案。除 3 道单项选择题外(第 4、18、24 题),其余的 53 道题本书全部进行了准确的提示和讲解。依据《2009 司法考试精神和体系》之《民法 60 专题》可以直接得出当年 98% 的民法试题答案。除 1 道多项选择外(第 58 题),其余的 46 道题本书全部进行了准确的考点提示和讲解。**帮助大家强化突破最重要的 95%,这就是本书的目标!**

一、本书主要特点

1. 明晰部门法精神,形成考点知识系统。

首先,提炼部门法精神。所谓的部门法精神,就是该部门法不同于其他部门法的内在特性。它是一个部门法的灵魂,统率着部门法具体制度的建立和形成。只有把握住了部门法精神,才能从总体上准确把握部门法具体制度的精髓和要领。其次,构建部门法知识体系。通过知识体系的构建分析,将单个的考点知识串起来形成考点知识的面,让一个一个考点知识面串起来形成 $1+1>2$ 的考点知识系统。通过精神和体系,展现部门法考点知识内在逻辑和外在结构,彼此紧密相连,相互融会贯通。

2. 揭示考点、分解考点、突破考点。

本书以近 5 年司法考试考点为中心,凸现提高强化特性。(1)揭示考点。在部门法一般性知识、次重点知识、考点知识的纷繁复杂中,明确告诉大家,部门法的考点是什么,让考点昭然若揭。(2)分解考点。对考点知识的本质内涵进行剖析,对考点中的疑点难点进一步澄清,由表及里,直击考点精髓。(3)突破考点。根据司法考试考查规律,着力考点知识的联系对比和区分,加强相同点,辨析相似点,甄别相异点,让大家对考点知识切实做到不仅知其然还知其所以然。

3. 精选历年真题和典型案例,全方位推进考点训练。

首先,每一专题的讲解均由一道近 5 年的典型真题引领,以考试为中心,检验对专题考点知识的掌握程度,启发大家对专题考点的深层思考。其次,围绕考点,设计连环案例,环环相扣、步步追问,加强考点理解,深化每一专题考点训练。最后,每一专题案例的最后再安排一道近 5 年的典型真题进行总结,再次对考点进行实战强化。

4. 归纳重点法条,强化考点的多层次理解与记忆。

在每一专题的最后,特别设计了一个重点法条归纳,挑拣出部门法的重点法条,与前面的考点讲解互相印证,理论和实践结合,考点知识和法律规定结合,再次加强考点理解记忆,促进全面提高。

二、本书的编写体例

1. 以专题为单位,突出考点。

部门法按照专题进行编写,专题的设计以大纲和历年真题的考点归类为基本依据,只有被反复考查的知识才安排专题进行讲解,近5年没有考查过的内容一般不设计专题。

2. 逐步递进讲解,强化考点。

每个专题的讲解分成五步进行。

第一步,【知识体系构建】每专题的第一项内容是考点知识体系构建,让大家在学一个专题前,就能从总体上把握本专题考点知识的基本结构和发展脉络。

第二步,【历年真题思考】每专题的第二项内容是一道近5年的典型真题,这道真题包含本专题一个以上的核心考点,让大家在开始考点的正式学习前,就加强对专题考点的思考,以考点为中心,以考试为中心。

第三步,【考查方向提示】这是每专题的第三项内容,目的是让大家在系统深入学习前,对该专题的考查方向和考查模式有一个明确把握,有的放矢,包含:(1)最近5年考查过的考点;(2)未来极可能考查的考点。

第四步,【考点及其实例】这是每专题的第四项内容。(1)考点。以近5年的司法真题为蓝本,提炼部门法考点,分解考点,突破考点。(2)实例。实例是为考点服务的,考点是主,实例为辅。实例围绕考点进行,按照前后内容结合、总则分则结合、实体程序结合的原则编写。每专题实例的最后安排一道近5年的典型真题,以真题总结考试,以真题印证考试。

第五步,【重点法条归纳】以重点法条带动考点,考点知识与重点法条相互印证。

本书的作者已研究或辅导司法考试多年,都是来自最高人民法院、最高人民检察院、亿则司法研究中心、中国政法大学、北京大学、中国人民大学的法学学者,均以高分通过国家司法考试。扎实的理论功底与丰富的实战经验相结合,是本书作者的最大特色。本书是在各位作者的潜心研究与通力合作下完成的,全书最后由主编统编定稿。

本书不足之处,望各位专家与考生批评指正。

张能宝

刑事诉讼法

刑事诉讼法的精神	1
刑事诉讼法的体系	3
专题 1 刑事诉讼法的基本原则	4
专题 2 专门机关与诉讼参与人	9
专题 3 管辖	14
专题 4 回避	24
专题 5 辩护与代理	29
专题 6 证据和证明	39
专题 7 强制措施	46
专题 8 附带民事诉讼	61
专题 9 期间、送达	68
专题 10 立案	72
专题 11 侦查	75
专题 12 提起公诉	84
专题 13 公诉案件的普通一审程序	89
专题 14 简易程序与自诉案件的审理	103
专题 15 审判障碍与判决、裁定和决定	110
专题 16 二审程序	114
专题 17 死刑复核程序	124
专题 18 审判监督程序	128
专题 19 执行程序	136
专题 20 未成年人刑事案件诉讼程序	146
专题 21 涉外刑事诉讼程序与刑事司法协助	149

民事诉讼法

民事诉讼法的精神	152
----------------	-----

民事诉讼法的体系	154
专题 1 民事诉讼法的基本原则和基本制度	156
专题 2 民事纠纷解决方式与诉	165
专题 3 民事诉讼主管范围、管辖一般原理和 级别管辖	169
专题 4 地域管辖	172
专题 5 裁定管辖和管辖权异议	182
专题 6 当事人的基本理论	186
专题 7 共同诉讼	191
专题 8 第三人及诉讼代理人	196
专题 9 证据的种类与分类	201
专题 10 证明对象、证据的收集和保全与证明 程序	205
专题 11 举证责任	212
专题 12 财产保全和先予执行	215
专题 13 对妨害民事诉讼行为的强制措施	219
专题 14 期间、送达、司法协助	223
专题 15 普通程序	229
专题 16 简易程序	240
专题 17 二审程序	244
专题 18 审判监督程序	250
专题 19 特别程序、督促程序和公示催告程序	256
专题 20 执行程序的一般规定	267
专题 21 执行中止和执行终结	279
专题 22 仲裁制度基本理论	281
专题 23 仲裁程序	287
专题 24 仲裁裁决的撤销、执行与不予执行	293

刑事诉讼法的精神

刑事诉讼法作为一部诉讼法,具有特殊的性质。一方面,它是程序法,与作为实体法的刑法紧密相连。刑法目的的实现,依赖于刑事诉讼法的实施。只有在刑事诉讼法的保障下,才能正当地行使国家的刑罚权,解决被追诉者,即犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题,最终实现刑法的目的。另一方面,作为一部程序法,刑事诉讼法也有其存在的独立意义。程序本位主义理论认为,程序本身是否具有内在的优秀品质,是衡量程序优劣的标准,而非通过该程序达致的结果是否有效。不可否认的是,正义的实现,不仅关系到实体的公正,还包括程序的公正。也就是说,刑事诉讼法的精神,不仅仅是实现刑法的目的即可,而是要通过公正、理性的程序,实现刑法的目的。

刑事诉讼法的内容基本上可以分为两大部分:一为程序,二为证据。在程序和证据之外,有一些基本的制度和理论,我们也可以将其视为第三部分,如刑事诉讼的基本原则、参与的主体、管辖制度、回避制度等。程序和证据这两方面的内容具有内在的联系。运用证据是为了确定适用法律的事实。而刑事诉讼程序则限定了事实的发现不能是无限的、漫无目的的过程,而必须依据法律规定的步骤、方法。正是程序,使得刑事诉讼中事实的发现不同于人们日常生活中对事实的发现。在具体的制度上,表现为:第一,不告不理原则,决定了裁判者只能根据控方的起诉来决定裁判的范围。第二,直接和言词审理原则,决定了裁判者只能根据法庭上控诉双方提出的证据和主张作出裁判。第三,审级制度和法定期限的规定,决定了侦控方不能无限期地收集证据证明被追诉者的刑事责任,裁判者不能无限期地对案件进行听审,控辩双方不能无限期地对事实和法律在法庭上进行辩论。由此,刑事诉讼的证据制度,是在法律程序规制下的事实发现活动。

刑事诉讼始终贯穿着一对基本矛盾,即自由与安全的矛盾。刑事诉讼如同民事诉讼一样,以解决纠纷为其目的。但其特殊性在于,发生纠纷的双方当事人并非平等的主体,而是国家与个人的对立。为了惩治犯罪,保障社会的安全与秩序,侦查和检察机关代表国家,意图通过刑事诉讼程序对个人行使刑罚权。由于刑事诉讼并不能达到完美的不枉不纵的效果,弱小的个人很容易受到滥用的国家权力的错误追诉或定罪。因此,为了保障个人的人权,刑事诉讼法在程序和证据两方面的内容上都作出了对被追诉者具有个人倾向性的规定,使得国家与个人的力量得以一定程度上的平衡。如在程序上,设立了辩护制度,通过律师的参与帮助犯罪嫌疑人、被告人对指控进行防御;被告人还享有一系列的诉讼权利,包括获得法律帮助,有权参加法庭调查和辩论,有权作出最后陈述,有权上诉及上诉不得加刑等权利。在证据制度上,控方应当承担证明被告方有罪的责任,被告方一般不承担证明责任;在证据不足、事实不清的情形下,应当作出有利于被告人的裁决。即使是着眼于保障安全、惩罚犯罪的强制措施制度,为了防止侦控机关权力的滥用,也强调强制处分限制适用与适度的原则,即适用强制措施,应当与犯罪的严重性、嫌疑程度以及案情的紧急性和必要性相适应,防止因不当适用而侵犯被追诉人及相关公民的人权。只有将对刑事诉讼的理解建立在对刑事诉讼基本矛盾理解的基础上,才能把握刑事诉讼中微妙的动态平衡关系。

当代刑事诉讼的构造有两种基本类型。一种是以大陆法系国家为代表的职权主义,另一种是以英美法系国家为代表的当事人主义。职权主义更强调国家的安全和惩治犯罪。案件进入法院后,法官拥有较大的控制力,可以依职权进行审判。职权主义可以达到惩治犯罪的高效率,加快案件的流转,但在保障被追诉人人权方面有些不力。当事人主义以个人自由为理念,更强调当事人

对程序的主导作用和控制力,控辩双方平等对抗,并推动诉讼进行,法官相对比较被动。当事人主义注重人权的保护,但容易导致诉讼效率低下,过分重视程序正义,而有可能轻纵了罪犯。随着近、现代刑事诉讼的发展,两种构造呈现出了逐渐融合的趋势,我国近年来对审判方式的改革也体现了这一趋势。

刑事司法改革

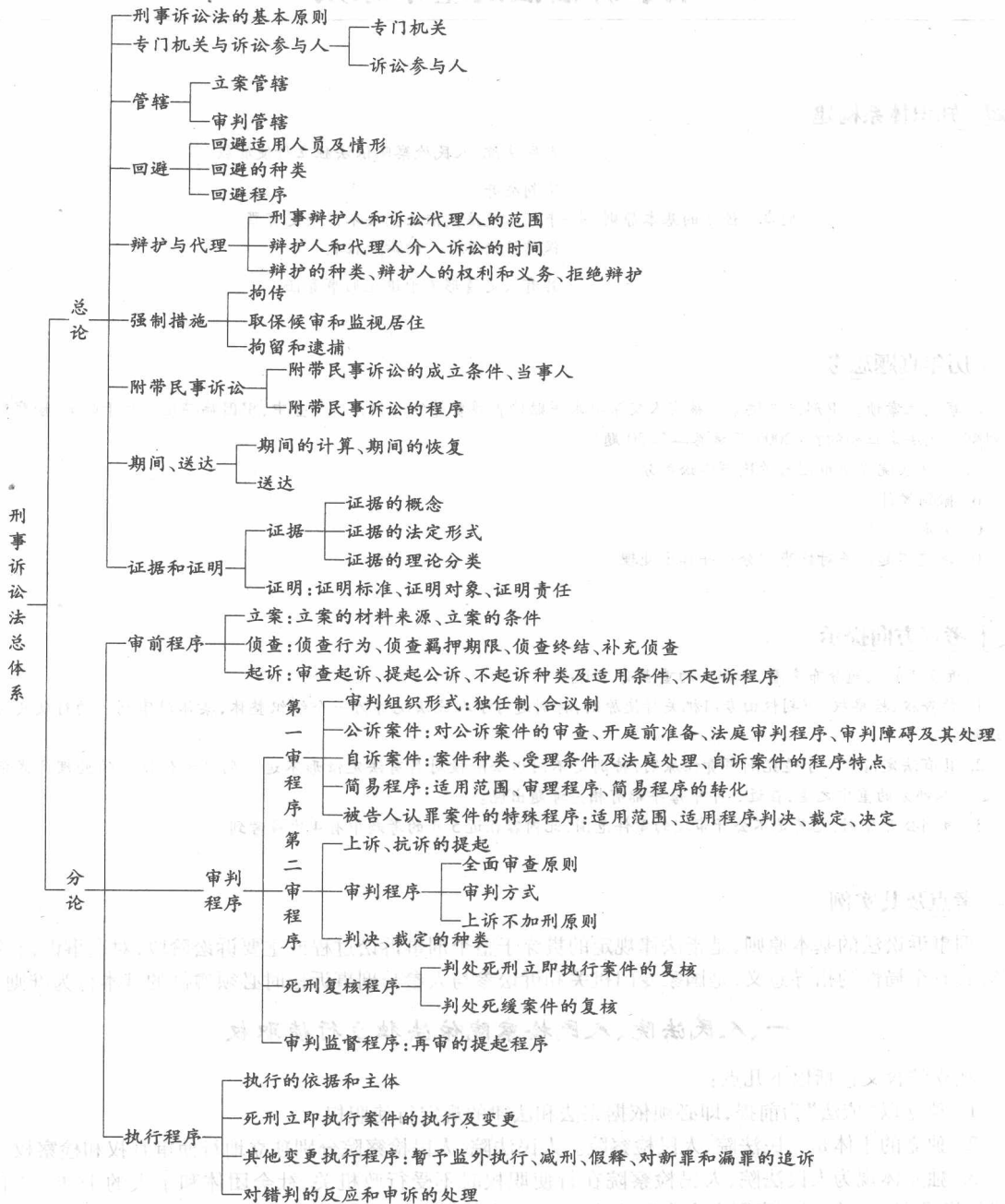
我国刑事诉讼法在1979年制定时,基本上是以大陆法系为模式,强调法官的主导作用,控辩双方平等对抗,并推动诉讼进行,法官相对比较被动。当事人主义注重人权的保护,但容易导致诉讼效率低下,过分重视程序正义,而有可能轻纵了罪犯。随着近、现代刑事诉讼的发展,两种构造呈现出了逐渐融合的趋势,我国近年来对审判方式的改革也体现了这一趋势。

我国刑事诉讼法在1979年制定时,基本上是以大陆法系为模式,强调法官的主导作用,控辩双方平等对抗,并推动诉讼进行,法官相对比较被动。当事人主义注重人权的保护,但容易导致诉讼效率低下,过分重视程序正义,而有可能轻纵了罪犯。随着近、现代刑事诉讼的发展,两种构造呈现出了逐渐融合的趋势,我国近年来对审判方式的改革也体现了这一趋势。

我国刑事诉讼法在1979年制定时,基本上是以大陆法系为模式,强调法官的主导作用,控辩双方平等对抗,并推动诉讼进行,法官相对比较被动。当事人主义注重人权的保护,但容易导致诉讼效率低下,过分重视程序正义,而有可能轻纵了罪犯。随着近、现代刑事诉讼的发展,两种构造呈现出了逐渐融合的趋势,我国近年来对审判方式的改革也体现了这一趋势。

我国刑事诉讼法在1979年制定时,基本上是以大陆法系为模式,强调法官的主导作用,控辩双方平等对抗,并推动诉讼进行,法官相对比较被动。当事人主义注重人权的保护,但容易导致诉讼效率低下,过分重视程序正义,而有可能轻纵了罪犯。随着近、现代刑事诉讼的发展,两种构造呈现出了逐渐融合的趋势,我国近年来对审判方式的改革也体现了这一趋势。

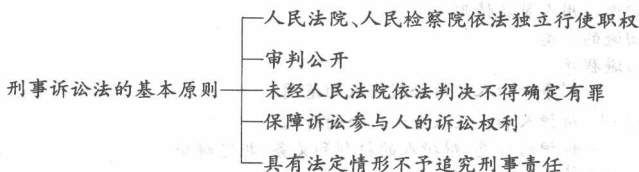
刑事诉讼法的体系



专题 1

刑事诉讼法的基本原则

知识体系构建



历年真题思考

检察院立案侦查甲刑讯逼供案。被害人父亲要求甲赔偿丧葬费等经济损失。侦查中,甲因病猝死。对于此案,检察院下列哪一做法是正确的?(2009年试卷二第30题)①

- A. 移送法院以便审理附带民事诉讼部分
- B. 撤销案件
- C. 决定不起诉
- D. 决定不起诉并对民事部分一并作出处理

考查方向提示

从近5年的试题分布来看,本部分的重点有三个:

1. 侦查权、检察权、审判权由专门机关行使原则,特别是对于人民法院作为一个组织整体,集体对审判权的行使负责的理解。
2. 具有法定情形不予追究刑事责任原则,特别是不同诉讼阶段对具有法定情形不追究刑事责任情形的处理方式问题,这是本部分的重中之重,在近5年中每年都有相关考题出现。
3. 审判公开原则,尤其是不公开审理的案件范围,此内容在近5年的考题中有4次被考到。

考点及其实例

刑事诉讼法的基本原则,是指法律规定的贯穿于整个刑事诉讼过程或主要诉讼阶段,对刑事诉讼的进行具有全局性的指导意义,是国家专门机关和诉讼参与人参与刑事诉讼时必须遵循的基本行为准则。

一、人民法院、人民检察院依法独立行使职权

独立的含义包括以下几点:

1. 独立以“依法”为前提,即必须依据宪法和法律的规定行使职权。
2. 独立的主体是人民法院、人民检察院。人民法院、人民检察院分别独立地行使审判权和检察权。
3. 独立体现为人民法院、人民检察院在行使职权时不受行政机关、社会团体和个人的干涉。“干涉”是指没有法律依据而意图左右人民法院、人民检察院依法行使职权的行为。干涉不等于监督,行政

① 答案:B。本题考查依法不追究刑事责任的情形。本案中,犯罪嫌疑人死亡,根据《刑事诉讼法》第15条的规定,属于法定不追究刑事责任的情形,案件处于侦查阶段,故应撤销案件,应选B项。

机关、社会团体和个人对人民法院、人民检察院的工作进行监督,向它们或其上级机关提出意见、建议、批评是合乎法律规定的。

4. 需要注意的几点:

(1) 此原则与西方的司法独立不同。西方的司法独立基于三权分立的原则,是法官个人的独立。而我国的独立行使审判权、检察权原则,立足于人民代表大会制度,是法院、检察院作为主体的独立。

(2) 由于各自领导体制的不同,人民法院与人民检察院独立的范围有一定差别。人民法院上下级之间是监督关系,因此每一个人民法院均依法独立行使职权。人民检察院上下级之间是领导关系,实行检察一体原则,因此整个检察系统作为整体独立行使职权。

重点法条归纳

《刑事诉讼法》

第3条 对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审,由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉,由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外,其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。

人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,必须严格遵守本法和和其他法律的有关规定。

第5条 人民法院依照法律规定独立行使审判权,人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

二、审判公开

审判公开,是指人民法院的审判活动应向社会公开,允许群众旁听,允许新闻记者采访报道。

1. 应当公开审理的情形:除了法律规定的情形外,一切刑事案件的审判原则上都应公开进行。

2. 可以公开审理的情形:被告人为16岁以上不满18岁的未成年人的案件,一般不公开审理。如果有必要公开审理的,必须经过本院院长批准,并且适当限制旁听人数和范围。

注意:公开转化为不公开的情形:在公开审理案件时,对于公诉人、诉讼参与人提出涉及国家秘密或者个人隐私的证据时,审判长应当制止。如确与本案有关,应当决定案件转为不公开审理。

3. 应当不公开审理的情形为:

(1) 涉及国家秘密的案件。**注意:**涉及国家秘密是指案情或者案件性质涉及国家秘密,而非侦查过程中有关材料和处理意见需保守秘密。

(2) 涉及个人隐私的案件。主要类型是涉及强奸罪的案件。

(3) 被告人为14岁以上不满16岁的未成年人的案件。

(4) 当事人申请的,并有证据证明的涉及商业秘密的案件。

注意:关于未成年被告人年龄的计算:被告人的年龄是指开庭审判时的年龄,而不是犯罪时的年龄。

三大诉讼不公开审理案件的范围,见下表:

	应当不公开	可以不公开
刑事诉讼	1. 涉及国家秘密的案件。 2. 涉及个人隐私的案件。 3. 被告人为14周岁以上不满16周岁的未成年人犯罪案件。 4. 当事人提出的确属涉及商业秘密的案件(经当事人申请)	被告人为16周岁以上不满18周岁的未成年人犯罪案件
民事诉讼	1. 涉及国家秘密的案件。 2. 涉及个人隐私的案件。 3. 法律另有规定的案件	1. 离婚案件。(经当事人申请) 2. 涉及商业秘密的案件(经当事人申请)
行政诉讼	涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的案件	

4. 公开宣判的要求:依法不公开审理的案件,开庭时应当庭宣布不公开审理的理由。不论是否公开审理,宣告判决一律公开进行。

5. 对证人、鉴定人的不公开:证人、鉴定人不得旁听对本案的审理。证人、鉴定人经控辩双方发问或者审判人员询问后,审判长应当告其退庭。

【例】下列哪些案件依法不应公开审理?(2005年试卷二第72题)

- A. 何某强奸案 B. 15岁的金某抢劫案
C. 白某间谍案 D. 当事人冯某提出不公开审判申请,确属涉及商业秘密的案件

答案:ABCD。 本题考查依法不公开审理的案件范围。选项A属于涉及个人隐私的案件,选项B属于14岁以上不满16岁未成年人犯罪的案件,选项C为涉及国家秘密的案件,选项D为当事人提出申请的确属涉及商业秘密的案件,根据《刑事诉讼法》第152条及《刑诉法解释》第121条的规定,它们均属不公开审理的案件,应当不公开审理。

重点法条归纳

《刑事诉讼法》

第152条 人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件,不公开审理。

十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件,一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件,一般也不公开审理。

对于不公开审理的案件,应当当庭宣布不公开审理的理由。

《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《刑诉法解释》)

第62条 在公开审理案件时,对于公诉人、诉讼参与人提出涉及国家秘密或者个人隐私的证据时,审判长应当制止。如确与本案有关的,应当决定案件转为不公开审理。

第121条 审判案件应当公开进行。但是涉及国家秘密或者个人隐私的案件,不公开审理。对未成年被告人案件的审理,适用相关规定。

对于当事人提出申请的确属涉及重大商业秘密的案件,法庭应当决定不公开审理。

第122条 依法不公开审理的案件,任何公民包括与审理该案无关的法院工作人员和被告人的近亲属都不得旁听。审理未成年被告人的案件,适用相关规定。

《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》

第11条 对在开庭审理时不满十六周岁的未成年人刑事案件,一律不公开审理。

对在开庭审理时不满十八周岁的未成年人刑事案件,一般也不公开审理。如果有必要公开审理的,必须经过本院院长批准,并且应适当限制旁听人数和范围。

三、未经人民法院依法判决不得确定有罪

未经人民法院依法判决不得确定有罪的原则的基本含义包括:

1. 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、个人不得行使此权力。
2. 在被法院依法确定有罪之前,被告人只是可能被认定有罪、被判处刑罚的人。任何机关、团体、个人不得将未经人民法院依法判决的犯罪嫌疑人、被告人作为罪犯处置或对待。
3. 人民法院行使审判权,必须严格按照法定程序,由审判组织进行公正的审理,并依法作出判决。

【例】范某因涉嫌抢劫被公安机关采取了取保候审措施。在取保候审期间,范某又违反法律规定,盗窃了李某手提电脑一台,被公安机关发现。公安机关遂对其取消了取保候审,对盗窃案进行了处理,要求其返还李某手提电脑。范某提出该电脑已经转手卖出,提出将电脑折抵现金7000元偿还李某,经李某同意,公安机关作出决定,范某依法犯有盗窃罪,若范某偿还7000元现金给李某,公安机关可以不对范某的盗窃罪移送审查起诉。最后,公安机关将范某以抢劫罪移送审查起诉。问:本案中,公安机关的做法是否符合法律规定?

答案:公安机关的做法不符合未经人民法院依法判决不得确定有罪的原则。范某的盗窃行为,构成刑事犯罪,并符合移送审查起诉条件,但公安机关却没有将其移送人民检察院审查起诉,而是擅自作了处理,以范某犯有盗窃罪为名,令其向被害人偿还现金,实质上侵犯了专属于人民法院的审判权,违背了未经人民法院依法判决不得确定有罪的原则。

重点法条归纳

《刑事诉讼法》

第12条 未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。

四、保障诉讼参与人的诉讼权利

保障诉讼参与人的诉讼权利原则的基本含义为:

1. 国家司法机关应当尊重和保护诉讼参与人的诉讼权利,不得阻碍其行使,并有义务保障其诉讼权利的实现。

2. 诉讼参与人对公安司法人员侵犯自己诉讼权利和人身侮辱的行为,有权提出控告。

3. 对于不满18岁未成年人和身体有缺陷的人的诉讼权利,要予以特殊保障。具体表现在:

(1)不满18岁的未成年人犯罪的案件,在讯问和审判时,可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。

(2)询问不满18岁的证人,可以通知其法定代理人到场。

(3)讯问聋、哑的犯罪嫌疑人,应当有通晓聋、哑手势的人参加,并且将这种情况记明笔录。

对于未成年人诉讼权利的特殊保障是近几年司法考试的热点,对此内容我们将在相关专题中详细介绍,请考生留意。

【例1】 方某,自幼是哑巴,2010年3月因涉嫌抢劫被公安机关立案侦查。方某与其同伙作案时,被赵某(1993年生)看见。下列有关讯问、询问方式的说法中哪些是错误的?

- A. 应当有通晓哑语的人参加讯问
B. 赵某的母亲可以到场参加询问
C. 方某的母亲可以到场参加讯问
D. 方某可以没有翻译,通过手写方式回答讯问

答案:CD. 赵某是未成年人,刑诉法规定,询问不满18岁的证人,可以通知其法定代理人在场。方某为哑巴,在对其讯问时应当由通晓哑手势的人参加。法律并未赋予哑巴犯罪嫌疑人的法定代理人讯问时的在场权。

【例2】 在上述案例中,若方某是不满18周岁的未成年人。下列说法正确的是:

- A. 方某的父亲可以到场参加讯问
B. 方某的舅舅可以到场参加讯问
C. 方某的父亲可以到场参加审判
D. 方某的舅舅可以到场参加公开审判

答案:ACD. 对不满18周岁的犯罪嫌疑人、被告人,在讯问和审判时,可以通知其法定代理人到场。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。尽管方某的舅舅无权接到通知到场参加审判,但若该案进行了公开审理,一切公民(除证人、鉴定人外)都有权对公开审理的案件旁听。

五、具有法定情形不予追究刑事责任

《刑事诉讼法》第15条规定了具有法定情形不予追究刑事责任的原则,该原则是司法考试最常考的原则,可以说每年必考,请考生务必重点掌握。

法定情形	诉讼各阶段的处理
1. 情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的; 2. 犯罪已过追诉时效期限的; 3. 经特赦令免除刑罚的; 4. 依照刑法告诉才处理的犯罪,没有告诉或者撤回告诉的; 5. 犯罪嫌疑人、被告人死亡的	立案 { 公诉 → 不立案的决定 自诉 → 不予受理的裁定 侦查 → 撤销案件的决定 审查起诉 → 不起诉的决定 审判 { 情形1 → 无罪判决 情形2~5 → 终止审理的裁定

注意:1. 第一种情形和第五种情形可能出现杂糅,即在审判阶段,被告人死亡,但已经查明被告人无罪的,不应裁定终止审理,应当判决宣告无罪。

2. 在审查起诉阶段应当注意:

(1)对于公安机关移送审查起诉的案件,发现犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为的,应当书面说明理由将案卷退回公安机关处理。

(2)发现犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为的,应当书面说明理由将案卷退回公安机关并建议公安机关重新侦查。如果犯罪嫌疑人已经被逮捕,应当撤销逮捕决定,通知公安机关立即释放。

(3)审查起诉部门对于本院侦查部门移送审查起诉的案件,发现犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为或者犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为的,应当退回本院侦查部门建议作出撤销案件的处理。

3. 应结合《刑法》知识掌握该考点,相关的《刑法》法条有:《刑法》第 87 条(追诉时效);第 245、257、260、270 条(五种告诉才处理的案件)。同时要牢记,所有的告诉才处理的犯罪中,只有侵占罪是绝对的自诉案件;其他的犯罪若情节严重,则为公诉案件;若出现此类罪名,需注意题中对犯罪情节的提示。

【例】关于依法不追究刑事责任的情形,下列哪些选项是正确的?(2008 年试卷二第 66 题)

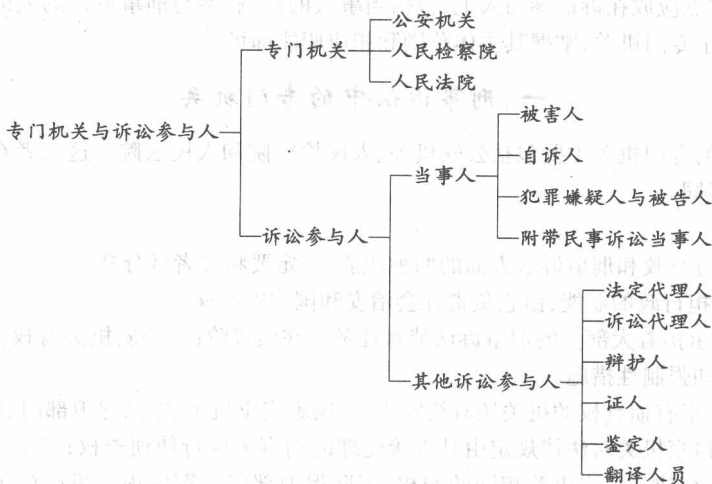
- A. 犯罪嫌疑人甲和被害人乙在审查起诉阶段就赔偿达成协议,被害人乙要求不追究甲刑事责任
- B. 甲侵占案,被害人乙没有起诉
- C. 高某犯罪情节轻微,对社会危害不大
- D. 犯罪嫌疑人白某在被抓获前自杀身亡

答案:BD。

专题 2

专门机关与诉讼参与人

知识体系构建



历年真题思考

关于证人与鉴定人的共同特征,下列哪些选项是正确的?(2009年试卷二第69题)①

- 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

考查方向提示

通过对近5年司法考试试题的分析,本专题已经考查过及将来有可能考查的知识点为:

1. 证人的权利、义务及特征。
2. 被害人的诉讼权利。
3. 当事人的范围。
4. 法定代理人的范围及权利。
5. 近亲属的范围。
6. 自诉人和被害人的控诉职能。

司法考试对本部分内容单独考查的题目不多,往往是与其他知识点相结合,作为刑事诉讼法的基础内容,其对刑事诉讼法其他内容的学习起着不可忽视的作用。

① 答案:AD。证人与案件或案件当事人可以有一定的利害关系,但鉴定人必须与案件没有任何利害关系,方能公正地鉴定,B错。鉴定人若与案件有利害关系,则应当回避,可见其有可替代性,C错。

考点及其实例

刑事诉讼是行使国家刑罚权的活动,必须由专门机关进行,由特定的诉讼参与者参加。专门机关是指依法在刑事诉讼中承担一定诉讼职能的机关。在我国,专门机关指的是公安机关(其他享有侦查权的机关还有:人民检察院、国家安全机关、军队保卫部门、监狱、海关部门的走私犯罪侦查局)、人民检察院和人民法院,分别承担侦查、起诉和审判的诉讼职能。诉讼参与者包括当事人和其他诉讼参与者。当事人是指对刑事诉讼的产生、发展和结局具有决定性作用,自身与案件结局有直接利害关系的个人。其他诉讼参与者是指除当事人以外的诉讼参与者,如证人、鉴定人、诉讼代理人等。

其中,掌握的重点应放在诉讼参与者上,包括当事人的范围、参与刑事诉讼的人的具体诉讼地位及相应诉讼权利。对于专门机关,掌握其主体范围和相应职能即可。

一、刑事诉讼中的专门机关

我国刑事诉讼的专门机关主要包括公安机关、人民检察院和人民法院。这三者在我国国家机构中的性质、地位有所不同。

(一) 公安机关

公安机关承担着行政和刑事诉讼方面的两种职能,一定要将二者区分开。

1. 公安机关承担行政的职能,由它负责社会治安和国内安全保卫。
2. 公安机关还承担着大部分的刑事诉讼侦查任务。在侦查阶段,公安机关有权实施刑事诉讼法规定的一切侦查行为和强制性措施。

除公安机关外,享有侦查权的机关还有检察机关、国家安全机关、军队保卫部门、监狱和海关部门的走私犯罪侦查局。检察机关对法律规定由其直接受理的刑事案件行使侦查权;国家安全机关对危害国家安全的刑事案件,行使与公安机关相同的职权;军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权;监狱部门对罪犯在监狱内犯罪的案件行使侦查权;走私犯罪侦查局在办理走私刑事案件时享有与公安机关相同的职权,具有与公安机关同等的诉讼地位。

(二) 人民检察院

人民检察院是国家的法律监督机关,代表国家行使检察权。在刑事诉讼的不同阶段,其行使不同的权力。

1. 在立案阶段,对公安机关管辖的案件,行使立案监督权;对自己侦查权限内的案件,予以立案。
2. 在侦查阶段,对公安机关行使侦查监督权的同时,对属于自己管辖的案件行使侦查权。
3. 在起诉阶段,行使审查起诉和提起公诉权,对侦查终结的案件,有权提起公诉或不起诉。
4. 在审判阶段,行使支持公诉和审判监督权,有权对认为确有错误的法院的判决、裁定提出抗诉,通过二审程序和审判监督程序保障法律的正确实施。
5. 在执行阶段,行使执行监督权。

(三) 人民法院

人民法院是国家的审判机关,代表国家行使审判权。

人民法院是唯一的审判机关,通过独立行使审判权,查明案件事实,以判决和裁定的形式,确定被告人是否构成犯罪、构成何种犯罪及其刑事责任问题。其审判组织形式有两种:合议庭和独任庭。

审判委员会不是法院的审判组织形式,而是人民法院内部对审判工作总结经验、进行指导的组织机构。审判委员会应尊重合议庭独立的审判职权。

【例】 李某在拘留期间,与被拘留人王某殴斗,造成王某左眼失明。问:该案应由哪个机关进行侦查?

- A. 公安机关 B. 监狱 C. 人民检察院 D. 国家安全机关

答案: A。本案应由公安机关进行侦查。李某的行为已构成故意伤害罪,应属刑事诉讼法调整的范围。公安机关负责除法律另有规定以外的所有刑事案件的侦查。此题须注意 B 选项的迷惑性。尽管李某斗殴发生在拘留期间,处于监禁状态,但其并非已决犯,不属于监狱内部的案件,不应由监狱部门侦查。

二、诉讼参与人

诉讼参与人,是指除专门机关以外,参加刑事诉讼活动,享有一定诉讼权利并承担一定诉讼义务的人。诉讼参与人可以分为两大类:一是当事人,二是其他诉讼参与人。

(一)当事人

1. 当事人的范围。

当事人,是指在刑事诉讼中执行控诉或辩护职能,并且与案件结局有直接利害关系的诉讼参与人。刑事诉讼的当事人有:被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人。

2. 当事人的诉讼权利。

(1)当事人在刑事诉讼中的共同诉讼权利:

- ①有权用本民族语言文字进行诉讼;
- ②有权申请回避;
- ③有权参加法庭调查和辩论;
- ④有权上诉(被害人除外);
- ⑤有权申诉;
- ⑥有权对司法人员侵犯其诉讼权利和人身侮辱行为提出控告。

(2)当事人在刑事诉讼中的特殊诉讼权利。

①犯罪嫌疑人与被告人。

关于犯罪嫌疑人、被告人的称谓:犯罪嫌疑人、被告人是在诉讼不同阶段对涉嫌犯罪的人(包括自然人和单位)的不同称谓。在立案后的侦查和审查起诉阶段,涉嫌犯罪的人被称为犯罪嫌疑人;在起诉后的审判阶段,涉嫌犯罪的公民被称为被告人。一旦犯罪嫌疑人、被告人死亡,刑罚权无法落实,刑事诉讼就应当终止。

注意:在不起诉决定书中,犯罪嫌疑人被称为被不起诉人。

辩护权是犯罪嫌疑人与被告人享有的基本诉讼权利之一,其他的一切权利都是为实现这个权利而服务的。

◆犯罪嫌疑人享有下列特殊诉讼权利:

从被侦查机关第一次讯问以后或者采取强制措施之日起,有权聘请律师提供法律帮助。

对于侦查人员提出的与案件无关的问题,有权拒绝回答。

◆被告人享有下列特殊诉讼权利:

有权在法庭审理中进行最后陈述;

自诉案件中的被告人有权提出反诉。

②被害人。

在公诉案件中,被害人的诉讼权利包括:

◆肯定性权利。被害人作为当事人,享有广泛的诉讼权利,其中较为重要的有:

对人民检察院不起诉决定不服的,有权向上一级人民检察院申诉;

有权提请人民检察院抗诉;

有权提起附带民事诉讼。

◆否定性权利。表现在:

无起诉权。被害人不能直接向人民法院起诉,只能由人民检察院代表国家提起公诉。

无上诉权。对于第一审判决,被害人没有上诉权,只能于5日之内提请人民检察院抗诉。

犯罪嫌疑人、被告人及被害人的诉讼权利也是基础内容,同样是司法考试的重要考点,考生应当对他们各自的诉讼权利进行比较记忆。

③自诉人。

自诉人是在自诉案件中依法直接向人民法院提起刑事诉讼的人。自诉案件中,自诉人的诉讼地位是原告,履行控诉职能。