



法律龍圖
LAW-TOTEM



上律指南針
LAW-COMPASS

2018 年国家法律职业资格考试

左 | 宁 | 刑 | 诉 | 法

主观题破译 | 授课精要

左 宁 编讲

学员
专属

上律指南针法考 + 龙图法硕 = 理想就业

目 录

第一部分：刑诉法主观题卷概述·····	1
一、主观题卷刑诉的命题方式·····	1
二、2009~2017 年国家司法考试卷四刑诉真题涉考知识点汇总 ·····	2
第二部分：刑诉法案例分析及论述·····	4
第三部分：刑诉法典型法律文书写作要求·····	77
一、刑事自诉状·····	77
二、辩护词·····	77
三、刑事起诉书·····	78
四、上诉状·····	79
五、抗诉书·····	80
六、申请抗诉书·····	80
七、刑事裁定书·····	81

第一部分：刑诉法主观题卷概述

一、主观题卷刑诉的命题方式

主观题卷刑诉考题基本可以分为三种命题方式：案例分析题、论述题和法律文书题。具言之：

第一，案例分析题。

题目设计1个案例，并在案例后附随一系列提问。提问的形式可以包括以下几种情况：

1. 策略分析型。（经典提问方式：……是否……？……应当如何处理？为什么？）

即在一定的给定条件下，公安司法机关或者诉讼参与人应该怎样参与诉讼程序或者进行救济，有的问题不仅需要考生答出程序，还要阐明理由。譬如，2009年卷四刑诉题的问题：“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，中级法院和高级法院分别应当如何处理？”，“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？”

2. 程序挑错型。（经典提问方式：……是否正确？为什么？）

即在给出的案例中，存在若干处程序错误，需要考生挑出错误之处，同时，要求分析错误的原因并阐明正确的处理方式。譬如，2011年卷四刑诉题的问题：“法院对于辩护人提出排除非法证据的请求的处理是否正确？为什么？”2013年卷四刑诉题的问题：“检察机关对李某贪污行为采取技术侦查措施，是否正确？为什么？”、“检察机关对李某采取指定居所监视居住措施是否正确？为什么？”2014年卷四刑诉题的问题：“发回重审后，丁区法院的做法是否合法？为什么？”

3. 制度简答型。（经典提问方式：是否……？能否……？应当如何……？简答……？）

即通过阅读案例，回答案例中涉及的一个或多个诉讼制度，这些制度有的是一组法条的组合，有的则是理论总结。譬如，2010年卷四刑诉题的问题：“依据有关法律、司法解释规定和刑事证明理论，运用本案现有证据，分析能否认定张某构成受贿罪，请说明理由。”2011年卷四刑诉题的问题：“如法院对证据合法性有疑问，应当如何进行调查？”、“法院对尤某的犯罪事实的认定是否已经达到事实清楚、证据确实充分？为什么？”、“现有证据能否证明何某构成犯罪？为什么？”、“如何判断证据是否具有关联性？法院认定何某辩护人提供的4份书面材料不具有关联性是否适当？为什么？”2013年卷四刑诉题的问题：“根据修改后的《刑事诉讼法》，技术侦查措施在使用主体、案件范围和适用程序上有哪些特殊要求？”2017年卷四刑诉题的问题：“我国刑事裁判一审生效与二审生效有无区别？为什么？”

4. 理论推理型。

近几年的法考题目难度渐趋增高，在一些主观题目中开始出现需要考生通过理论进行推理的题目。这种题型的特点是：没有法条根据，需要从案例中涉及的制度或者相关法条中进行理论分析。譬如，2014年卷四刑诉题的问题：“如中级法院直接对段某作出强制医疗决定，如何保障当事人的救济权？”、“发回重审后，丁区法院在作出强制医疗决定时应当如何处理被害人家属提出的附带民事诉讼？”在这两个问题中：第一个问题，法律规定精神病强制医疗程序由基层人民法院管辖，但问题问的是如果由中级人民法院作出强制医疗决定该怎么办？第二个问题，法律没有明确规定对于强制医疗决定该怎

么处理附带民事诉讼，需要考生分析强制医疗程序中被告人“不负刑事责任”的含义。

第二，论述题。

通常也会先给定一个案例，然后根据案例设计一个或多个问题，要求考生进行分析论证。对于论证，一般要求：（1）根据法律、司法解释规定及刑事诉讼法理论知识作答；（2）无本人观点或论述，照抄材料原文不得分；（3）观点明确，逻辑清晰，说理充分，文字通畅。此外，还会有字数要求，如要求总字数不少于 800 字。（法考元年，如果有论述题，字数多少仍需观察）

典型真题如 2012 年卷四刑诉第七题，要求考生根据一个案例论证 5 个问题：“本案哪些行为收集的证据属于非法证据？哪些非法证据应当予以排除？本案负有排除非法证据义务的机关有哪些？针对检察院的指控，东湖市中级人民法院应当如何判决本案？结合本案，简要说明刑事诉讼法对保障刑法实施的价值。结合本案，简述非法证据排除规则的完善过程，阐明非法证据排除规则的诉讼价值。”又如 2015 年卷四刑诉第七题，要求考生根据一个案例论述“审判中心主义”。

第三，法律文书题。

此类题目考查考生对我国公安司法机关在处理各类刑事诉讼案件中依法制作的或者诉讼参与人自书或代书的具有法律效力或法律意义的文书的写作能力。近年来，常有一些检、法机关抱怨：“刚刚入职的新人连个文书都不会写。”可见，从实务需求方面看，考查法律文书题是有现实意义的。

法律文书题的命题方式是，先给定一个案例，要求考生通过分析案例中的法律关系进而开始相关文书写作。这种题型一方面考查考生的案例分析能力，另一方面考查文书格式。

有关刑事诉讼的法律文书题，目前只在 2005 年考查过一次。

二、2009~2017 年国家司法考试卷四刑诉真题涉考知识点汇总

2009 年至 2017 年的卷四真题涉考知识点具有重要参考价值，这八年的案例分析题目基本涵盖了刑诉案例最容易考查的知识范围，对于备考 2018 年法考主观题卷刑诉颇有助益。

考查章节	考查知识	具体考点	考查年份
第一章：刑事诉讼法概述	刑事诉讼法与刑法的关系	刑事诉讼法保障刑法实施的价值：工具价值	2012
第七章：刑事证据	1. 证据 2. 证明	1. 证据的种类 2. 证据的关联性 & 关联性规则 3. 非法证据排除规则（价值、范围、主体、排除程序） 4. 证据的审判、判断 5. 证明对象 6. 证明责任 7. 证明标准	2010、2011、 2012、2013、 2015
第八章：强制措施	监视居住	指定居所监视居住的条件	2013
第九章：附带民事诉讼	审理程序	刑事被告人无罪后对附带民事诉讼的处理	2014
第十二章：侦查	侦查行为	技术侦查（主体、案件范围、适用条件、程序）	2013

续表

考查章节	考查知识	具体考点	考查年份
第十四章：刑事审判概述	审判原则	1. 审判公开及例外 2. 审判中心主义	2014、2015
第十五章：第一审程序	公诉案件第一审程序	庭前会议	2016
第十六章：第二审程序	1. 第二审程序的提起 2. 第二审程序的审判原则 3. 第二审程序的审理程序	1. 共同犯罪中，部分被告人上诉的处理 2. 附带民事诉讼原告人上诉的处理 3. 全面审查原则 4. 上诉不加刑原则 5. 二审终审 6. 二审裁判生效时间 7. 二审生效裁判与一审生效裁判区别	2009、2016、 2017
第十七章：死刑复核程序	1. 死刑立即执行的复核程序 2. 死刑缓期执行的复核程序	考查具体的复核程序	2009
第十八章：审判监督程序	1. 申诉程序 2. 再审具体审理程序	1. 向检察院申诉程序 2. 依照审判监督程序审理后对案件的处理 3. 再审的启动程序	2017
第十九章：执行	1. 死刑的执行程序 2. 有期徒刑的执行程序	1. 执行死刑的变更 2. 有期徒刑的执行	2009
第二十三章：依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序	1. 适用条件 2. 审理程序 3. 权利救济	考查具体程序	2014
第二十四章：涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	刑事司法协助	对境外证据的认证	2016

第二部分：刑诉法案例分析及论述

案例 1

聋哑人甲因憎恨乙抢了自己的女友凤姐而故意伤害乙，侦查机关在搜查甲家时邀请了邻居黄橙子见证。起诉时，检察机关聘请老王当手语翻译。审判时，法庭将出庭传票送至甲家，甲的哥哥甲大大代收。由于案情复杂，公诉人聘请了刘老汉对张无忌的鉴定意见提出意见。请分析本案例中谁是当事人和其他诉讼参与人。

〔答案〕当事人：甲和乙；其他诉讼参与人：老王和张无忌。

〔考点〕诉讼参与人。

〔解析〕诉讼参与人分为当事人与其他诉讼参与人：

	当事人	其他诉讼参与人
范围	(1) 被害人	(1) 法定代理人
	(2) 自诉人	(2) 诉讼代理人
	(3) 犯罪嫌疑人	(3) 辩护人
	(4) 被告人	(4) 证人
	(5) 附带民事诉讼原告人	(5) 鉴定人
	(6) 附带民事诉讼被告人	(6) 翻译人员

本题中，黄橙子为见证人，老王为翻译人员，甲大大为甲的近亲属，刘老汉为有专门知识的人，张无忌为鉴定人，在这些人中，只有翻译人员和鉴定人属于其他诉讼参与人。所以当事人是甲和乙，其他诉讼参与人是老王和张无忌。

案例 2

甲乙系邻居，素有嫌隙，一日，甲乙又因琐事进行争吵，甲用门后的铁锹打击乙的头部至乙轻伤，乙报警，某县公安机关立即将甲抓获，经过侦查、起诉，某县法院依法对甲进行审判，请回答下列两个问题：

问题 1：乙若顾及邻里情分，可否撤回案件？

〔答案〕不可以。

〔考点〕被害人的诉讼权利

〔解析〕乙不可以撤回案件。被害人的权利很多，包括：适用本民族语言进行诉讼，有权委托诉讼代理人，对不立案决定申请复议，对不起诉决定申诉，对判决申请检察院抗诉或者申诉等，但被害人不可以撤回公诉，无权上诉、抗诉，对于因出庭陈述情况而支出的交通、就餐等费用也无权得到补助。本案中，甲涉及故意伤害罪，属于公诉案件，乙属于被害人，乙可以表示谅解甲，甲乙可以适用当事人和解程序，法院也可以对甲从轻处罚，但乙无权撤回公诉案件。

问题 2：某县法院审理案件时，是否应当通知乙出庭作证？乙的身份可否同时成为证人和被害人？

〔答案〕乙不是证人；不可以。

〔考点〕被害人与证人的区别

〔解析〕本案中，乙是直接遭受甲犯罪侵害的人，属于被害人，不属于证人。法庭应当通知乙出庭，乙有权委托诉讼代理人。被害人是直接遭受犯罪行为侵害的人，证人是当事人以外的了解案件情况的人。被害人属于当事人，证人属于其他诉讼参与人，因而乙不可能同时成为本案的证人和被害人。

案例 3

张某故意杀死范某，某县公安机关侦查终结后移送某县人民检察院，某县人民检察院将案件起诉至某县人民法院。

问题 1：若某县人民检察院在审查起诉时认为张某可能被判处死刑，是否可以直接向某市中级人民法院提起公诉？

问题 2：若某县人民法院认为张某可能被判处死刑，是否应当将案卷材料和证据移送某市中级人民法院审理？

问题 3：若某省高级人民法院裁定撤销原判、发回重审后，某市人民检察院撤诉后，指令某县人民检察院向某县人民法院提起公诉，某县人民检察院应当将指定管辖的情况层报某省人民检察院。请评价这段话正确与否，为什么？

1. 〔答案〕不可以。

〔考点〕级别管辖。

〔解析〕根据“一对一”、“同级对同级”的原理，某县人民检察院只能向某县人民法院提起公诉，如果某县人民检察院认为张某可能被判处死刑，某县人民检察院可以将案件移送某市人民检察院，由某市人民检察院向某市中级人民法院提起公诉。

2. 〔答案〕不应当。

〔考点〕移送管辖。

〔解析〕在一审中，上下级人民法院不可以直接移送案件，需要以检察机关为移送的媒介。申言之，某县人民法院如果认为张某可能被判处死刑，应当将某县人民检察院移送过来的全部案卷材料和证据退回某县人民检察院，由某县人民检察院移送某市人民检察院，再由某市人民检察院向某市中级人民法院提起公诉。

3. 〔答案〕错误。

〔考点〕移送管辖与指定管辖。

〔解析〕《高法解释》第 21 条规定：“第二审人民法院发回重新审判的案件，人民检察院撤回起诉后，又向原第一审人民法院的下级人民法院重新提起公诉的，下级人民法院应当将有关情况层报原第二审人民法院。原第二审人民法院根据具体情况，可以决定将案件移送原第一审人民法院或者其他人民法院审判。”可见，如果人民法院下降审级，将本属于中级人民法院一审的案件交由基层人民法院审理，要求基层人民法院将有关下降审级的情况层报第二审人民法院，而不是要求下级检察机关要层报上级检察机关。所以这段话错误。

案例 4：

坐落于某县的某公立大学招生处处长韩某利用职权招收不符合录取条件的调剂考生，收受贿赂 200 余万元，某县监察委员会对韩某开展立案调查，在讯问韩某过程中，韩某供述自己还曾实施过一起诈骗案件，某县监察委员将该诈骗案并案调查。调查终结后，某县监察委员会将案件移送某县检察院审查起诉，同时对某公立大学分管韩某的副校长进行问责。

问题 1: 韩某案件是否应当属于某县监察委员会立案调查? 为什么?

问题 2: 某县监察委员会将韩某受贿案与诈骗案并案调查是否正确? 为什么?

问题 3: 某县监察委员会是否有权对分管韩某的副校长进行问责? 为什么?

1. [答案] 应当。

[考点] 监察对象

[解析] 《中华人民共和国监察法》第十五条规定: “监察机关对下列公职人员和有关人员进行监察:

(一) 中国共产党机关、人民代表大会及其常务委员会机关、人民政府、监察委员会、人民法院、人民检察院、中国人民政治协商会议各级委员会机关、民主党派机关和工商业联合会机关的公务员, 以及参照《中华人民共和国公务员法》管理的人员;

(二) 法律、法规授权或者受国家机关依法委托管理公共事务的组织中从事公务的人员;

(三) 国有企业管理人员;

(四) 公办的教育、科研、文化、医疗卫生、体育等单位中从事管理的人员;

(五) 基层群众性自治组织中从事管理的人员;

(六) 其他依法履行公职的人员。”

本案中, 韩某系公立大学招生处处长, 属于该条文中第四项规定的“公办的教育、科研、文化、医疗卫生、体育等单位中从事管理的人员”, 因此属于某县监察委员会的监察对象。

2. [答案] 不正确。

[考点] 监察委员会与公安机关管辖权竞合

[解析] 《中华人民共和国监察法》第三十四条规定: “人民法院、人民检察院、公安机关、审计机关等国家机关在工作中发现公职人员涉嫌贪污贿赂、失职渎职等职务违法或者职务犯罪的问题线索, 应当移送监察机关, 由监察机关依法调查处置。

被调查人既涉嫌严重职务违法或者职务犯罪, 又涉嫌其他违法犯罪的, 一般应当由监察机关为主调查, 其他机关予以协助。”

本案中, 韩某涉嫌的诈骗罪属于公安机关管辖案件, 应当由某县监察委员会移送至有管辖权的公安机关立案侦查, 一般应当以某县监察委员会为主调查。

3. [答案] 有权。

[考点] 监察权限

[解析] 《中华人民共和国监察法》第十一条规定: “监察委员会依照本法和有关法律规定履行监督、调查、处置职责:

(一) 对公职人员开展廉政教育, 对其依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查;

(二) 对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查;

(三) 对违法的公职人员依法作出政务处分决定; 对履行职责不力、失职失责的领导人员进行问责; 对涉嫌职务犯罪的, 将调查结果移送人民检察院依法审查、提起公诉; 向监察对象所在单位提出监察建议。”

本案中, 根据该条文第三项规定, 分管韩某的副校长属于对履行职责不力、失职失责的领导人员, 某县监察委员会有权进行问责。

案例 5

被告人刘星一直嫉妒同事李强的工作能力和人际关系比自己强, 某年某月的某一天, 刘星和李强

因工作产生分歧而发生口角，在争吵过程中，刘星拿起办公桌上的剪刀冲着李强猛扎过去，由于失血过多，李强身亡。某人民法院受理此案后依法组成合议庭，由审判员张无忌担任审判长。法院在第一次公开开庭审理此案时，被害人李强的诉讼代理人高大上申请张无忌回避，认为张无忌是被告人刘星的同母异父兄长。法庭决定休庭，宣布延期审理。经人民法院审查，审判员张无忌与被告人刘星确实存在亲属关系。

问题 1：本案被害人李强的妻子是否有权申请回避，高大上是否有权申请回避？

问题 2：审判员张无忌的回避应由谁决定？

问题 3：高大上申请张无忌回避理由是否合法？

问题 4：若人民法院驳回了高大上申请张无忌回避的决定，高大上该如何救济？

问题 5：若高大上申请回避的理由是觉得张无忌说话过于强硬，法庭当庭驳回该申请，高大上是否可以申请复议？

1. [答案] 李强的妻子无权申请回避，高大上有权申请回避。

[考点] 回避的申请主体。

[解析] 有权申请回避的人包括：当事人、法定代理人、辩护人、诉讼代理人。李强的妻子属于近亲属，不在上述范围之内，所以无权申请回避。高大上作为诉讼代理人有权申请回避。

2. [答案] 审判员张无忌的回避，由人民法院院长决定。

[考点] 回避的决定。

[解析] 《刑事诉讼法》第 30 条第 1 款规定：“审判人员、检察人员、侦查人员的回避，应当分别由院长、检察长、公安机关负责人决定；院长的回避，由本院审判委员会决定；检察长和公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。”显然，审判员张无忌的回避应当由该人民法院院长决定。

3. [答案] 合法。

[考点] 回避的理由。

[解析] 《高法解释》第 23 条规定：“审判人员具有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人有权申请其回避：

- （一）是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；
- （二）本人或者其近亲属与本案有利害关系的；
- （三）担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人、翻译人员的；
- （四）与本案的辩护人、诉讼代理人有近亲属关系的；
- （五）与本案当事人有其他利害关系，可能影响公正审判的。”

《高法解释》第 24 条规定：“审判人员违反规定，具有下列情形之一的，当事人及其法定代理人有权申请其回避：

- （一）违反规定会见本案当事人、辩护人、诉讼代理人的；
- （二）为本案当事人推荐、介绍辩护人、诉讼代理人，或者为律师、其他人员介绍办理本案的；
- （三）索取、接受本案当事人及其委托人的财物或者其他利益的；
- （四）接受本案当事人及其委托人的宴请，或者参加由其支付费用的活动的；
- （五）向本案当事人及其委托人借用款物的；
- （六）有其他不正当行为，可能影响公正审判的。”

《高法解释》第 25 条规定：“参与过本案侦查、审查起诉工作的侦查、检察人员，调至人民法院工作的，不得担任本案的审判人员。

在一个审判程序中参与过本案审判工作的合议庭组成人员或者独任审判员，不得再参与本案其他程序的审判。但是，发回重新审判的案件，在的第一审人民法院作出裁判后又进入第二审程序或者死刑复核程序的，原第二审程序或者死刑复核程序中的合议庭组成人员不受本款规定的限制。”

上述法律规定综合起来可以总结为：身份不当要回避、违法违规要回避、跨越阶段要回避。本案中，审判员张无忌作为被告人刘星的同母异父兄长，是当事人的近亲属，属于身份不当要回避。因此，该申请回避理由是合法的。

4. [答案] 高大上可以在接到决定时申请复议一次。

[考点] 回避申请被驳回的复议。

[解析] 《高法解释》第30条规定：“对当事人及其法定代理人提出的回避申请，人民法院可以口头或者书面作出决定，并将决定告知申请人。

当事人及其法定代理人申请回避被驳回的，可以在接到决定时申请复议一次。不属于刑事诉讼法第二十八条、第二十九条规定情形的回避申请，由法庭当庭驳回，并不得申请复议。”可见，高大上作为诉讼代理人对驳回申请回避的决定，可以在接到决定时申请复议一次。

5. [答案] 不可以。

[考点] 回避申请被驳回的复议。

[解析] 《高法解释》第30条第2款规定：“当事人及其法定代理人申请回避被驳回的，可以在接到决定时申请复议一次。不属于刑事诉讼法第二十八条、第二十九条规定情形的回避申请，由法庭当庭驳回，并不得申请复议。”

《刑事诉讼法》第28条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：

- (一) 是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；
- (二) 本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；
- (三) 担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；
- (四) 与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。”

《刑事诉讼法》第29条第1款规定：“审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托的人。”

可见，《刑事诉讼法》第28、29条规定了法定回避理由，对于不属于法定回避理由的，由法庭当庭驳回，并不得申请复议。

案例 6

杨某涉嫌抢劫罪被某县公安机关立案侦查，杨某委托邻居法律爱好者王某提供法律帮助，王某在侦查阶段要求会见杨某，侦查机关未许可。在审查起诉过程中，杨某的亲属委托了律师李某。

问题 1：王某在侦查阶段要求会见杨某，侦查机关未许可。侦查机关的行为是否合法？为什么？

问题 2：李某若要求会见杨某，是否需要经过侦查机关的许可？为什么？

问题 3：杨某的亲属委托了律师李某后，李某持律师执业证、身份证和委托书要求会见杨某，看守机关是否应当安排会见？为什么？

问题 4：律师李某在会见杨某时，杨某告诉李某他曾经还杀死过两人，此时李某应否揭发检举杨某的杀人行为？

1. [答案] 合法。

[考点] 会见权。

〔解析〕《刑事诉讼法》第33条第1款规定：“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。”显然，侦查阶段只能是律师身份的辩护人介入，王某作为法律爱好者，在侦查阶段无权担任辩护人，也无权会见犯罪嫌疑人。

2.〔答案〕不需要。

〔考点〕会见权。

〔解析〕《刑事诉讼法》第37条第2款规定：“辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所应当及时安排会见，至迟不得超过四十八小时。”可见，律师辩护人持三证有权会见犯罪嫌疑人，无需经过侦查机关许可。此外，本问题中，案件已经至人民检察院审查起诉阶段，律师会见更无需经过侦查机关许可。

3.〔答案〕不应当。

〔考点〕会见权。

〔解析〕《刑事诉讼法》第37条第2款规定：“辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所应当及时安排会见，至迟不得超过四十八小时。”可见，三证指的是律师执业证、律所证明、委托书或者法律援助公函，没有身份证。

4.〔答案〕不需要揭发检举。

〔考点〕辩护人的义务。

〔解析〕《刑事诉讼法》第46条规定：“辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息，有权予以保密。但是，辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人员，准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的，应当及时告知司法机关。”可见，律师揭发检举，需要针对“准备或者正在实施”的犯罪行为，对于“曾经”干过的坏事，律师李某没有揭发检举的义务。

❏ 案例7

甲和乙（16岁）因共同诈骗丙的财物被某县公安机关立案侦查，侦查机关讯问甲时，甲说想委托一名辩护律师，侦查人员告知甲案件事实尚未查清，暂时不能委托辩护人。侦查机关讯问乙时，乙说自己认罪，不需要辩护律师，侦查人员表示同意。某县公安机关将案件侦查终结后移送某县检察院审查起诉。

问题1：侦查人员告知甲案件事实尚未查清，暂时不能委托辩护人是否正确？为什么？

问题2：乙放弃委托辩护人，侦查人员同意的做法是否正确？为什么？

问题3：自侦查人员讯问甲和乙后，丙是否可以委托诉讼代理人？为什么？

问题4：如果侦查机关为乙提供法律援助律师丁进行辩护，甲也想委托丁提供法律服务是否应当准许？为什么？

1.〔答案〕侦查人员的做法错误。

〔考点〕委托辩护

〔解析〕《刑法》第33条规定：“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人……侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。”本案中，甲有权自被侦查人员第一次讯问之日起委托辩护人，侦查人员也应当告知甲有权委托辩护人。侦查人员告知甲案件事实尚未查清，暂时不能委托辩护人的做法是错误的。

2. [答案] 侦查人员的做法错误。

[考点] 法律援助辩护

[解析] 《刑法》第二百六十七条规定：“未成年犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院、公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”本案中，乙犯罪时16岁，属于未成年人，侦查机关应当为其提供法律援助。即便乙放弃委托辩护人，侦查机关仍应当通知法律援助中心为乙指定法律援助律师提供服务。

3. [答案] 不可以。

[考点] 诉讼代理

[解析] 《刑法》第四十四条第一款规定：“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。”本案中，丙系被害人，自案件移送审查起诉之日起有权委托诉讼代理人，因此在侦查阶段，侦查人员讯问甲和乙后还不能委托诉讼代理人。

4. [答案] 不应当准许。

[考点] 辩护人的范围和人数

[解析] 《公安部规定》第四十一条第二款规定：“对于同案的犯罪嫌疑人委托同一辩护律师的，或者两名以上未同案处理但实施的犯罪存在关联的犯罪嫌疑人委托同一辩护律师的，公安机关应当要求其更换辩护律师。”本案中，甲乙系诈骗的同案犯，不能委托同一辩护律师提供法律服务，如果甲也想委托丁担任辩护人，侦查机关不应当准许，并应当要求其更换辩护律师。

案例 8

某日深夜，A市某小区地下停车场发现一具男尸，经辨认，死者为刘某，某公司法定代表人。停车场录像显示一男子持刀杀死了被害人，但画面极为模糊，小区某保安向侦查人员证实其巡逻时看见形似赵四的人拿刀捅了被害人后逃走（开庭时该保安已辞职无法联系）。

侦查人员在现场提取了一只白手套，一把三棱刮刀（由于疏忽，提取时未附笔录）。侦查人员对现场提取的血迹进行了ABO血型鉴定，认定其中的血迹与犯罪嫌疑人赵四的血型一致。赵四到案后几次讯问均不认罪，后来交代了杀人的事实并承认系被他人雇佣所为，公安机关据此抓获了另外两名犯罪嫌疑人某地产公司开发商张文、张武兄弟。侦查终结后，检察机关提起公诉，认定此案系因开发某地块利益之争，张文、张武雇佣社会人员赵四杀害了被害人。

法庭上张氏兄弟、赵四同时翻供，称侦查中受到严重刑讯，不得不按办案人员意思供认，但均未向法庭提供非法取证的证据或线索，未申请排除非法证据。

公诉人指控定罪的证据有：①小区录像；②小区保安的证言；③现场提取的手套、刮刀；④ABO血型鉴定；⑤侦查预审中三被告人的有罪供述及其相互证明。三被告对以上证据均提出异议，主张自己无罪。

问题：请根据《刑事诉讼法》及相关司法解释的规定，对以上证据分别进行简要分析，并作出是否有罪的结论。

[答案] 无罪。

[考点] 各种证据的审查、判断，证明标准。

[解析] 关于“小区录像”，属于视听资料，属于原始证据、实物证据、有罪证据、直接证据。虽然录像显示一男子持刀杀死了被害人，但是，拍摄的画面极度模糊，无法准确反映犯罪嫌疑人的特征，

该证据具有证据能力，但证明力很低。

关于“保安证言”，属于证人证言，属于原始证据、言词证据、有罪证据、直接证据。虽然小区某保安向侦查人员证实其巡逻时看见形似赵四的人拿刀捅了被害人后逃走，但侦查人员调取该证言时没有形成证言笔录，并且在开庭时该保安已辞职无法联系，因而不能保证证言的真实性。《高法解释》第76条规定：“证人证言具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：（一）询问证人没有个别进行的；（二）书面证言没有经证人核对确认的；（三）询问聋、哑人，应当提供通晓聋、哑手势的人员而未提供的；（四）询问不通晓当地通用语言、文字的证人，应当提供翻译人员而未提供的。”可见，没有制作证言笔录相当于证人没有核对证言，该证言不得作为定案根据。

关于“手套、刮刀”，属于物证，属于原始证据、实物证据、有罪证据、间接证据。一方面，侦查人员由于疏忽，提取时未附笔录。《高法解释》第73条第1款规定：“在勘验、检查、搜查过程中提取、扣押的物证、书证，未附笔录或者清单，不能证明物证、书证来源的，不得作为定案的根据。”可见，如果因为没有制作笔录而导致无法证明手套和刮刀来源的，手套和刮刀不得作为定案根据。另一方面，案例中没有体现侦查人员对手套和刮刀进行了鉴定，如果不对手套及刮刀上的生物样本或者指纹、血迹进行鉴定，将可能导致该证据与案件没有关联性。

关于“血型鉴定”，属于鉴定意见，属于原始证据、言词证据、有罪证据、间接证据。该鉴定意见作为证据使用没有问题，但该证据属于间接证据，无法证明主要案发过程，仍需要与其他证据结合起来共同证明案件事实。

关于“三被告人有罪供述”，属于被告人供述，属于原始证据、言词证据、有罪证据、直接证据。本案中，三被告人有罪供述虽然能够相互印证，但仍存在被刑讯逼供的可能性，即使当事人没有申请人民法院启动排除非法证据的调查程序，人民法院如果发现存在非法取证行为时，也可以依职权启动调查程序。根据《刑事诉讼法》第58条的规定：“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。”因此，本案中“三被告人有罪供述”极有可能被依法排除。

综合分析上述证据可见，有的证据没有证据能力，有的证据虽然具有证据能力，但证明力低下。《刑事诉讼法》第53条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”

证据确实、充分，应当符合以下条件：

- （一）定罪量刑的事实都有证据证明；
- （二）据以定案的证据均经法定程序查证属实；
- （三）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”

可见，我国认定被告人有罪的证明标准是证据确实充分，要求：（1）有证据；（2）证据属实；（3）排除合理怀疑。本案中的证据无法形成完整的证据链条，无法达到这一标准。

此外，我国虽然没有确立无罪推定原则，但在审判中应当贯彻疑罪从无的精神，本案中，人民法院基于现有证据的状况，应当对被告人作出疑罪从无的无罪判决。

■ 案例 9

张某因涉嫌强奸罪被某县公安机关侦查，并由某县人民检察院向某县人民法院提起公诉。在某县公安机关的侦查过程中，搜集到以下证据：①因受到侦查人员的暴力威胁，张某产生恐惧和痛苦才做出的供述；②在逮捕张某时，由于情况紧急，侦查人员没有搜查证就搜查了张某的家，搜出了带有张

某精液的被害人的内裤一条；③张某受到侦查人员刑讯，在无法忍受的情况下交代了其隐匿被害人内衣的地点，侦查人员根据张某的交代找到了被害人的胸衣一件；④侦查人员提供了张某作有罪供述的讯问笔录，但该笔录上只有侦查人员 1 人签名，随后补为 2 名。请简要阐述，以上证据①、②、③、④是否适用非法证据排除规则依法排除？

〔答案〕以上证据①适用非法证据排除规则依法排除，证据②、③、④不适用非法证据排除规则依法排除。

〔考点〕证据的审查、判断和运用；非法证据排除规则。

〔解析〕我国的非法证据排除规则由《刑事诉讼法》第 54 条规定，该条第 1 款规定：“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第三条又进一步规定：“采用以暴力或者严重损害本人及其近亲属合法权益等进行威胁的方法，使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出的供述，应当予以排除。”可见，张某因受到侦查人员的暴力威胁，在痛苦中作出的供述，即证据①应当适用非法证据排除规则依法排除。

在执行拘留、逮捕时，搜查在紧急情况下可以不另用搜查证执行，证据②的情形属于合法搜查，不存在非法取证行为，因此证据②不适用非法证据排除规则。

在证据③中，以非法获取的口供为基础，进一步获取的其他衍生证据被称为“毒树之果”。我国立法只规定了通过法定非法手段获取的证据要排除，但通过该证据再获得的其他证据是否排除没有规定，实践中由法官自由裁量，因此对“毒树之果”不适用非法证据排除规则。

被讯问、询问的人（犯罪嫌疑人、被告人、证人、被害人）没有签名，属于证据没有经过核对，不得作为定案根据。而讯问、询问的人（侦查人员）遗漏签名，属于瑕疵证据，允许补正或者作出合理解释。因此证据④属于瑕疵证据，可以补正或者作出合理解释，不适用非法证据排除规则。

综上所述，证据①适用非法证据排除规则依法排除，证据②、③、④不适用非法证据排除规则依法排除。

案例 10

某县公安机关抓获犯罪嫌疑人张某后，为使其老实交代，对张某进行了刑讯，张某无法忍受讲述了全部犯罪事实，张某在法庭审理开始后即提出自己受到了侦查人员的刑讯并申请人民法院排除非法证据。

问题 1：张某在庭审开始后申请排除非法证据，法庭是否应当进行调查？为什么？

问题 2：法庭调查非法证据是否存在的具体方式有哪些？

问题 3：在庭审中，张某提出自己受到了刑讯逼供，公诉人出具了某县公安机关加盖公章并由有关侦查人员签名的情况说明，证明侦查人员对张某没有非法取证行为。请问该情况说明的证明力如何？

问题 4：法庭若依法排除了非法证据，是否应当判决张某无罪？为什么？

1. 〔答案〕法庭应当先进性审查再决定是否调查。

〔考点〕非法证据排除程序。

〔解析〕最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第二十九条规定：“被告人及其辩护人在开庭审理前未申请排除非法证据，在法庭审理过程中提出申请的，应当说明理由。”

对前述情形，法庭经审查，对证据收集的合法性有疑问的，应当进行调查；没有疑问的，应当驳回申请。

法庭驳回排除非法证据申请后，被告人及其辩护人没有新的线索或者材料，以相同理由再次提出申请的，法庭不再审查。”本案中，张某申请排除非法证据的，法庭应当先审查，对证据收集的合法性有疑问的，应当进行调查；没有疑问的，应当驳回申请。

2. [答案] 法庭可以审查讯问笔录、提讯登记、体检记录、采取强制措施或者侦查措施的法律文书、侦查终结前对讯问合法性的核查材料等证据材料，有针对性地播放讯问录音录像，通知侦查人员或者其他人员出庭说明情况。

[考点] 非法证据排除程序。

[解析] 法庭调查非法证据的主要方式由《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第三十一条所规定。该条规定：“公诉人对证据收集的合法性加以证明，可以出示讯问笔录、提讯登记、体检记录、采取强制措施或者侦查措施的法律文书、侦查终结前对讯问合法性的核查材料等证据材料，有针对性地播放讯问录音录像，提请法庭通知侦查人员或者其他人员出庭说明情况。

被告人及其辩护人可以出示相关线索或者材料，并申请法庭播放特定时段的讯问录音录像。

侦查人员或者其他人员出庭，应当向法庭说明证据收集过程，并就相关情况接受发问。对发问方式不当或者内容与证据收集的合法性无关的，法庭应当制止。

公诉人、被告人及其辩护人可以对证据收集的合法性进行质证、辩论。”

3. [答案] 情况说明不能单独作为证明取证合法性的根据。

[考点] 非法证据排除程序。

[解析] 《高法解释》第101条规定：“法庭决定对证据收集的合法性进行调查的，可以由公诉人通过出示、宣读讯问笔录或者其他证据，有针对性地播放讯问过程的录音录像，提请法庭通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况等方式，证明证据收集的合法性。

公诉人提交的取证过程合法的说明材料，应当经有关侦查人员签名，并加盖公章。未经有关侦查人员签名的，不得作为证据使用。上述说明材料不能单独作为证明取证过程合法的根据。”

可见，公诉人出具了某县公安机关加盖公章并由有关侦查人员签名的情况说明证明力较低，需要补正，不得单独作为证明取证过程合法的根据。

4. [答案] 不一定判决张某无罪。

[考点] 非法证据排除程序。

[解析] 《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第三十五条规定：“人民法院排除非法证据后，案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决；证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决；案件部分事实清楚，证据确实、充分的，依法认定该部分事实。”可见，法院依法排除非法证据后，判决张某有罪或者无罪取决于非法证据排除后现有证据的状况。

❏ 案例 11

2010年10月2日午夜，A市某区公安人员在辖区内巡逻时，发现路边停靠的一辆轿车内坐着三个年轻人（朱某、尤某、何某）形迹可疑，即上前盘查。经查，在该车后备箱中发现盗窃机动车工具，遂将三人带回区公安分局进一步审查。案件侦查终结后，区人民检察院向区人民法院提起公诉。

（证据）朱某——在侦查中供称，其作案方式是3人乘坐尤某的汽车在街上寻找作案目标，确定目标后由朱某、何某下车盗窃，得手后共同分赃。作案过程由尤某策划、指挥。在法庭调查中承认起

诉书指控的犯罪事实，但声称在侦查中被刑讯受伤。

尤某——在侦查中与朱某供述基本相同，但不承认作案由自己策划、指挥。在法庭调查中翻供，不承认参与盗窃机动车的犯罪，声称对朱某盗窃机动车毫不知情，并声称在侦查中被刑讯受伤。

何某——始终否认参与犯罪。声称被抓获当天从C市老家来A市玩，与原先偶然认识的朱某、尤某一起吃完晚饭后坐在车里闲聊，才被公安机关抓获。声称以前从没有与A市的朱某、尤某共同盗窃，并声称在侦查中被刑讯受伤。

公安机关——在朱某、尤某供述的十几起案件中核实认定了A市发生的3起案件，并依循线索找到被害人，取得当初报案材料和被害人陈述。调取到某一案发地录像，显示朱某、尤某盗窃汽车经过。根据朱某、尤某在侦查阶段的供述，认定何某在2010年3月19日参与一起盗窃机动车案件。

何某辩护人——称在案卷材料中看到朱某、尤某、何某受伤后包有纱布的照片，并提供4份书面材料：（1）何某父亲的书面证言：2010年3月19日前后，何某因打架被当地公安机关告知在家等候处理，不得外出，何某未离开C市；（2）2010年4月5日，公安机关发出的行政处罚通知书；（3）C市某机关工作人员赵某的书面证言：2010年3月19日案发前后，经常与何某在一起打牌，何某随叫随到，期间未离开C市；（4）何某女友范某的书面证言：2010年3月期间，何某一直在家，偶尔与朋友打牌，未离开C市。

（法庭审判）庭审中，3名被告人均称受到侦查人员刑讯逼供。辩护人提出，在案卷材料中看到朱某、尤某、何某受伤后包有纱布的照片，被告人供述系通过刑讯逼供取得，属于非法证据，应当予以排除，要求法庭调查。公诉人反驳，被告人受伤系因抓捕时3人有逃跑和反抗行为造成，与讯问无关，但未提供相关证据证明。法庭认为，辩护人意见没有足够根据，即开始对案件进行实体审理。

法庭调查中，根据朱某供述，认定尤某为策划、指挥者，系主犯。

审理中，何某辩护人向法庭提供了证明何某没有作案时间的4份书面材料。法庭认为，公诉方提供的有罪证据确实充分，辩护人提供的材料不足以充分证明何某在案发时没有来过A市，且材料不具有关联性，不予采纳。

最后，人民法院采纳在侦查中朱某、尤某的供述笔录、被害人陈述、报案材料、监控录像作为定案根据，认定尤某、朱某、何某构成盗窃罪（尤某为主犯），分别判处有期徒刑9年、5年和3年。

问题1：人民法院对于辩护人提出排除非法证据的请求的处理是否正确？为什么？

问题2：人民法院对尤某的犯罪事实的认定是否已经达到事实清楚、证据确实充分？为什么？

问题3：现有证据能否证明何某构成犯罪？为什么？

问题4：如何判断证据是否具有关联性？人民法院认定何某辩护人提供的4份书面材料不具有关联性是否适当？为什么？

1. [答案] 不正确。

[考点] 非法证据排除程序的启动。

[解析] 本题目涉及的法律规定如下：

《刑事诉讼法》第56条规定：“法庭审理过程中，审判人员认为可能存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查。”

当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的，应当提供相关线索或者材料。”

《六机关规定》第11条规定：“刑事诉讼法第五十六条第一款规定：‘法庭审理过程中，审判人员认为可能存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查。’法庭经对当事人及其辩护人、诉讼代理人提供的相关线索或者材料进行审查后，认为可

能存在刑事诉讼法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查。法庭调查的顺序由法庭根据案件审理情况确定。”

《高法解释》第100条第2款规定：“对证据收集合法性的调查，根据具体情况，可以在当事人及其辩护人、诉讼代理人提出排除非法证据的申请后进行，也可以在全案法庭调查结束前一并进行。”

本案中，被告人均称供述系刑讯逼供所得，辩护人提出了排除非法证据的请求，并有一定证据支持，法庭应当启动对证据是否为非法取得的调查程序。当然，法庭调查的顺序由法庭根据案件审理情况确定，既可以在被告人、辩护人提出排除非法证据的申请后进行，也可以在全案法庭调查结束前一并进行。本案中，人民法院在公诉人没有证据支持的情况下，不做调查即采纳公诉人的解释并开始实体审理是不正确的。

2. [答案] 人民法院对尤某的个别犯罪事实的认定达到了事实清楚、证据确实充分的证明标准。

[考点] 证明标准。

[解析] 本题涉及的法律条文如下：

《刑事诉讼法》第53条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”

证据确实、充分，应当符合以下条件：

- （一）定罪量刑的事实都有证据证明；
- （二）据以定案的证据均经法定程序查证属实；
- （三）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”

本案中，与尤某有关的证据包括：

（1）朱某在侦查中供称，其作案方式是3人乘坐尤某的汽车在街上寻找作案目标，确定目标后由朱某、何某下车盗窃，得手后共同分赃。作案过程由尤某策划、指挥。

（2）尤某在侦查中供述了盗窃事实，但不承认作案由自己策划、指挥。

（3）公安机关在朱某、尤某供述的十几起案件中核实认定了A市发生的3起案件，并依循线索找到被害人，取得当初报案材料和被害人陈述。调取到某一案发地录像，显示朱某、尤某盗窃汽车经过。

（4）法庭调查中，根据朱某供述，认定尤某为策划、指挥者，系主犯。

由于朱某与尤某均称遭受了刑讯逼供，其供述可能会被认定为非法证据予以排除，暂不予考虑作为定案根据。此外，法庭调查中，仅仅根据朱某的供述认定尤某为策划、指挥者是错误的。

不过，公安机关核实认定了A市发生的3起案件，并依循线索找到被害人，取得当初报案材料和被害人陈述。调取到某一案发地录像，显示朱某、尤某盗窃汽车经过。可见，虽然没有尤某的供述，但根据被害人的陈述和显示朱某、尤某盗窃汽车经过的某一案发地录像，可以充分证明尤某这一次的盗窃犯罪是成立的。

3. [答案] 不能。

[考点] 证明标准。

[解析] 本题涉及的法律条文如下：

《刑事诉讼法》第53条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”

证据确实、充分，应当符合以下条件：

- （一）定罪量刑的事实都有证据证明；

- (二) 据以定案的证据均经法定程序查证属实；
 (三) 综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”

在本案中：

- (1) 法庭认定何某犯罪的证据中，朱某、尤某在侦查中的供述笔录尚未排除刑讯逼供的可能性。
 (2) 被害人陈述笔录和车辆被盗时的报案材料只能证明车辆被盗，不能证明谁是盗车者。
 (3) 监控录像只证明朱某、尤某实施了其中一起犯罪，与何某没有关系。
 (4) 何某辩护人提供的犯罪时何某不在现场的 4 份证据，法庭没有查明其真伪。

可见，现有证据没有排除何某无罪的可能性，对证明何某犯罪的证据没有经过查证属实，对何某有罪的事实存在合理怀疑。故认定何某犯罪的证据不够确实、充分，没有达到法定的证明标准。

4. (1) [答案] 判断关联性的依据有二：

第一，该证据是否用来证明本案的争点问题，与案件证明对象之间是否存在客观联系。

第二，该证据是否能够起到证明的作用，即是否具有对案件事实的证明价值。

[考点] 证据的关联性。

[解析] 关联性也称为相关性，是指证据必须与案件事实有客观联系，对证明刑事案件事实具有某种实际意义。

判断证据材料是否具有关联性，可以从证据能力和证明力两个方面入手：

第一，该证据材料是否用来证明本案的争点问题，与案件证明对象之间是否存在客观联系。

传统的证据法理论认为，证据有三性：客观性、关联性、合法性。在这三性中，“何为客观”、“何为合法”均存在争议，只有关联性没有任何争议。证据的属性也可以被称为证据能力，不符合证据属性的所谓“证据”根本没有证据能力。如果一项证据材料与案件的争点事实没有联系，该材料当然不能成为证据。

第二，该证据材料是否能够起到证明的作用，即是否具有对案件事实的证明价值。

存在关联性的证据材料可以成为证据，具有证据能力。在此基础上，可以进一步判断该证据的价值，即证明力的大小。

(2) [答案] 不当。

[考点] 证据的关联性。

[解析] 人民法院认定何某辩护人提供的 4 份书面材料与案件证明对象之间存在客观联系，指向何某是否有罪的争点问题。另外，这些材料具有证明案件事实的证明价值，能够起到证明何某没有作案时间的作用。

案例 12

张某——某国企副总经理

石某——某投资管理有限公司董事长

杨某——张某的朋友

姜某——石某公司出纳

石某请张某帮助融资，允诺事成后给张某好处，被张某拒绝。石某请出杨某帮忙说服张某，允诺事成后各给张某、杨某 400 万股的股份。后经杨某多次撮合，2006 年 3 月 6 日，张某指令下属分公司将 5,000 万元打入石某公司账户，用于股权收购项目。2006 年 5 月 10 日，杨某因石某允诺的 400 万股未兑现，遂将石某诉至人民法院，并提交了张某出具的书面证明作为重要证据，证明石某曾有给杨某股份的允诺。石某因此对张某大为不满，即向某区人民检察院揭发了张某收受贿赂的行为。人民检

察院立案侦查，查得证据及事实如下：

——石某称：2006年3月14日，在张某办公室将15万元现金交给张某。同年4月17日，在杨某催促下，让姜某与杨某一起给张某送去40万元。因担心杨某私吞，特别告诉姜某一定与杨某同到张某处（石某讲述了张某办公室桌椅、沙发等摆放的具体位置）。

——姜某称：取出40万元后与杨某约好见面时间和地点，但杨某称堵车迟到很久。自己因有重要事情需要处理，就将钱交杨某送与张某。

——杨某称：确曾介绍张某与石某认识，并积极撮合张某为石某融资。与姜某见面时因堵车迟到，姜某将钱交给他后匆匆离开。他随后在自己车上将钱交给张某，张某拿出10万元给他，说是辛苦费（案发后，杨某将10万元交人民检察院）。

——张某称：帮助石某公司融资，是受杨某所托（人民检察院共对张某讯问6次，每次都否认收受过任何贿赂）。

据石某公司日记账、记账凭证、银行对账单等记载，2006年3月6日张某公司的下属分公司将5,000万元打入石某公司账户。同年3月14日和4月17日，分别有15万元和40万元现金被提出。

问题：依据有关法律、司法解释规定和刑事证明理论，运用本案现有证据，分析能否认定张某构成受贿罪，请说明理由。

答题要求：

1. 能够根据法律、司法解释相关规定及对刑事证明理论的理解，运用本案证据作出能否认定犯罪的判断，指出法院依法应当作出何种判决。

2. 观点明确，分析有据，逻辑清晰，文字通畅。

〔答案〕不能认定杨某构成受贿罪，法院应当作出杨某无罪的判决。

〔考点〕证明标准。

〔解析〕本题涉及的法律规定如下：

《刑事诉讼法》第53条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。

证据确实、充分，应当符合以下条件：

- （一）定罪量刑的事实都有证据证明；
- （二）据以定案的证据均经法定程序查证属实；
- （三）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”

《刑事诉讼法》第195条规定：“在被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议，根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定，分别作出以下判决：

- （一）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决；
- （二）依据法律认定被告人无罪的，应当作出无罪判决；
- （三）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”

《高法解释》第241条第1款第4项规定：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当以证据不足、指控的犯罪不能成立，判决宣告被告人无罪。”

本案中，石某称在张某办公室将15万元现金交给张某，并讲述了张某办公室桌椅、沙发等摆放的具体位置，但这些仅是石某的一家之言，没有其他证据予以补强，不能认定。

杨某称在自己车上将钱交给张某，张某拿出10万元给他，说是辛苦费。这也是杨某的一家之言，没有其他证据予以补强，不能认定。

张某称帮助石某公司融资是受杨某所托，但人民检察院共对张某讯问6次，每次张某都否认收受任何贿赂，即犯罪嫌疑人不认罪。

综上，本案被告人张某不认罪，且其他证据又无法“证据确实、充分”地证明张某收受了贿赂，没有达到法定的证明标准，使法官对张某的指控存在合理怀疑，应当根据疑罪从无的基本精神，作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

案例 13

某制药股份有限公司到某县公安局报案称：互联网上有人对自己生产的一款药酒进行恶意抹黑，称是“毒药”。网上的大量不实言论和虚假信息，致多家经销商退货退款，给公司造成重大损失，严重损害商品声誉。某县公安局经过立案侦查，将犯罪嫌疑人琼某拘留并羁押于某县看守所，琼某拒不认罪，辩称自己没有写过相关文章，只是出于好奇从网络上下载了几篇相关文章，作者也姓琼，但不是自己。为使琼某老实交代，侦查人员将琼某带至一度假村对其进行进一步审讯，琼某很快做出了有罪供述。侦查人员在琼某家搜查并扣押了琼某的电脑一台，手机一部，还扣押了一些打印的抹黑药酒的文章，但由于工作疏忽，对这些文章忘了制作笔录和清单，导致无法证明这些文章的来源。某县公安局侦查终结后，将案件移送某县检察院审查起诉。某县检察院在审查起诉中发现现有证据不足以证明网络上抹黑药酒的琼某就是被告人琼某，要求某县公安机关补充侦查，某县公安机关经过补充侦查向检察院提交了一份办案说明，证明由于技术原因，无法认定网络上的琼某就是被告人琼某，但通过从琼某家搜查到的打印文稿来看，犯罪行为应当就是被告人琼某所实施。随后，某县检察院对琼某以损害商品声誉罪向某县法院提起公诉。某县法院在审理过程中，琼某声称遭受了侦查人员的刑讯逼供，申请法庭排除非法证据，法庭经过审查发现琼某无法证明存在非法取证行为，遂没有排除相关证据。某县法院经过审理认为本案有电脑，手机，办案说明，抹黑药酒的文章等证据，足以证明琼某构成损害商品声誉罪，判处其一年有期徒刑。琼某不服向某市中级人民法院上诉，认为一审法院没有排除非法证据导致自己被错误定罪，某市中级人民法院经过审查认为一审法院已经审查并做出了处理，决定不再审查非法证据排除问题。此时，由于琼某的家人积极赔偿了某制药股份有限公司，某制药股份有限公司表示原谅了琼某，向法庭出具了一份要求某市中级人民法院判决琼某无罪的声明。某市中级人民法院经过审查认为双方已经实现和解，依法改判琼某无罪。

问题 1：某县公安机关经过补充侦查向检察院提交的办案说明证据效力如何？

问题 2：本案中存在哪些非法证据？

问题 3：某县法院审理中，认为琼某无法证明存在非法取证行为，遂没有排除相关证据的做法是否正确？为什么？

问题 4：某县法院认定琼某构成犯罪依据的证据属于直接证据还是间接证据？某县法院据此认定琼某构成犯罪是否正确？为什么？

问题 5：某市中级人民法院经过审查认为一审法院已经审查非法证据并做出了处理，决定不再审查非法证据排除问题是否正确？为什么？

问题 6：某制药股份有限公司向某市中级人民法院出具的声明证据效力如何？二审法院据此改判琼某无罪是否正确？为什么？

1. [答案] 办案说明不是证据。

[考点] 证据种类

[解析] 办案说明属于公安机关对办案过程向检察机关或者审判机关提供的一种客观描述或者情况说明。办案说明的内容一般是陈述收集证据的过程或者犯罪嫌疑人到案的经过，只是一种办案材料，

不属于法定的证据种类。

2. [答案] 琼某的供述（犯罪嫌疑人供述），抹黑药酒的文章（书证）属于非法证据。

[考点] 非法证据排除规则，证据的审查、判断

[解析] 首先，为使琼某老实交代，侦查人员将琼某带至一度假村对其进行进一步审讯，琼某很快做出了有罪供述。该供述应当依法排除。《刑诉法》第一百一十六条第二款规定：“犯罪嫌疑人被送交看守所羁押以后，侦查人员对其进行讯问，应当在看守所内进行。”《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第四条规定：“采用非法拘禁等非法限制人身自由的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。”可见，侦查人员拘留琼某后，本应在看守所进行讯问，而侦查人员将琼某带至一度假村，属于采用非法拘禁等非法限制人身自由的方法收集供述，应当依法排除。

其次，侦查人员在琼某家搜查并扣押了一些打印的抹黑药酒的文章，这些书证应当依法排除。《高法解释》第七十三条第一款规定：“在勘验、检查、搜查过程中提取、扣押的物证、书证，未附笔录或者清单，不能证明物证、书证来源的，不得作为定案的根据。”可见，侦查人员在琼某家搜查并扣押抹黑药酒的文章时，但由于工作疏忽，对这些文章忘了制作笔录和清单，导致无法证明这些文章的来源。这些书证应当依法排除。

3. [答案] 不正确。

[考点] 非法证据排除规则

[解析] 《刑诉法》第五十七条第一款规定：“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中，人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。”《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第三十一条第一款规定：“公诉人对证据收集的合法性加以证明，可以出示讯问笔录、提讯登记、体检记录、采取强制措施或者侦查措施的法律文书、侦查终结前对讯问合法性的核查材料等证据材料，有针对性地播放讯问录音录像，提请法庭通知侦查人员或者其他人员出庭说明情况。”可见，公诉人应当承担证明取证合法性的证明责任，本案中，某县法院认为琼某无法证明存在非法取证行为，遂没有排除相关证据，这显然是让被告人琼某承担存在非法取证行为的证明责任，法院的做法错误。

4. [答案] 间接证据（其中办案说明不是证据）；错误。

[考点] 证据分类

[解析] 本案中，某县法院经过审理认为本案有电脑，手机，办案说明，抹黑药酒的文章等证据，足以证明琼某构成损害商品声誉罪。其中，办案说明不是证据。电脑、手机不能直接地证明本案的主要事实，属于间接证据。抹黑药酒的文章不能证明是否确实系琼某所为，也无法证明该文章产生的负面影响，属于间接证据。

某县法院仅根据这些间接证据认定被告人琼某构成犯罪是错误的，《高法解释》第一百零五条规定：“没有直接证据，但间接证据同时符合下列条件的，可以认定被告人有罪：

- （一）证据已经查证属实；
- （二）证据之间相互印证，不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问；
- （三）全案证据已经形成完整的证明体系；
- （四）根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑，结论具有唯一性；
- （五）运用证据进行的推理符合逻辑和经验。”

可见，仅凭间接证据可以定案，但应当同时符合上述五项条件。本案中，侦查机关收集的电脑与手机之间不知存在何种关系，打印的抹黑药酒的文章也无法证明是否为琼某所写，这些证据无法形成完整的证明体系，也无法根据这些证据得出排除合理怀疑的结论，某县法院根据这些间接证据认定被告人琼某有罪是错误的。

5. [答案] 不正确。

[考点] 非法证据排除程序

[解析] 《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第三十八条第一款规定：“人民检察院、被告人及其法定代理人提出抗诉、上诉，对第一审人民法院有关证据收集合法性的审查、调查结论提出异议的，第二审人民法院应当审查。”本案中，某市中级人民法院经过审查认为一审法院已经审查非法证据并做出了处理，决定不再审查非法证据的做法是错误的。

6. [答案] 声明不是证据；二审法院据此改判琼某无罪错误。

[考点] 证据种类；刑事和解程序。

[解析] 首先，某制药股份有限公司向某市中级人民法院出具的声明不是证据。证据需具备客观性、关联性、合法性。该声明的内容要求法院判决琼某无罪，而琼某是否有罪属于法院的裁判范围，不是某制药股份有限公司可以决定的，该声明不具有合法性，不属于证据。

其次，二审法院根据该声明改判琼某无罪错误。

第一，公诉案件一旦启动，追诉被告人成为了国家任务。此时被害人谅解被告人只能成为法院对其从轻处罚酌定量刑情节，法院不能因为被害人和被告人的和解甚至“私了”就宣告被告人无罪，公器不能沦为个人意愿的奴仆。

第二，本案中，指控琼某构成犯罪的犯罪事实不清、证据不足。《刑法》第二百二十五条第一款规定：“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：

（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。”

可见，根据该条文（三），二审法院应当在查清事实后改判或者将案件撤销原判、发回重审，但不能仅因为被害人谅解了被告人就宣判被告人无罪。

综上，二审法院根据某制药股份有限公司出具的声明改判琼某无罪是错误的。

案例 14

甲因盗窃罪被某县公安机关立案侦查，某县公安机关对甲采取了拘留措施，羁押于某县看守所，随后报请某县人民检察院批准逮捕，某县人民检察院批准逮捕后，某县公安机关对甲执行了逮捕，甲随后聘请了辩护律师乙。

问题 1：甲被拘留后，某县公安机关是否需要申请某县人民检察院进行羁押必要性审查？

问题 2：若乙认为甲认罪态度很好，符合取保候审条件，提出羁押必要性审查申请的，应由某县人民检察院哪一个部门受理？

问题 3：若人民检察院经过羁押必要性审查，发现该盗窃罪并非甲实施，人民检察院该怎么做？

问题 4：若人民检察院经过羁押必要性审查，认为甲仍有继续羁押的必要，需要经过检察长决定，予以结案，并通知办案机关。这句话是否正确？为什么？

1. [答案] 不需要。

[考点] 羁押必要性审查。

[解析] 《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》第 2 条规定：“羁押必要性审查，是指人民检察院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第九十三条规定，对被逮捕的犯罪嫌疑人、被告人有无继续羁押的必要性进行审查，对不需要继续羁押的，建议办案机关予以释放或者变更强制措施

的监督活动。”

可见，羁押必要性审查是指对被“逮捕”的犯罪嫌疑人、被告人有无继续羁押的必要性进行审查。对于被“拘留”的犯罪嫌疑人、被告人不需要进行羁押必要性审查。

2. [答案] 应当由某县人民检察院刑事执行检察部门受理。

[考点] 羁押必要性审查。

[解析] 《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》第3条规定：“羁押必要性审查案件由办案机关对应的同级人民检察院刑事执行检察部门统一办理，侦查监督、公诉、侦查、案件管理、检察技术等部门予以配合。”

可见，本例中应当由某县人民检察院刑事执行检察部门受理。

3. [答案] 应当建议某县看守所释放甲。

[考点] 羁押必要性审查。

[解析] 根据《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》第17条规定：“经羁押必要性审查，发现犯罪嫌疑人、被告人具有下列情形之一的，应当向办案机关提出释放或者变更强制措施的建议：

（一）案件证据发生重大变化，没有证据证明有犯罪事实或者犯罪行为系犯罪嫌疑人、被告人所为的；

（二）案件事实或者情节发生变化，犯罪嫌疑人、被告人可能被判处拘役、管制、独立适用附加刑、免于刑事处罚或者判决无罪的；

（三）继续羁押犯罪嫌疑人、被告人，羁押期限将超过依法可能判处的刑期的；

（四）案件事实基本查清，证据已经收集固定，符合取保候审或者监视居住条件的。”

可见，若检察机关经过羁押必要性审查，发现该盗窃罪并非甲实施，这属于该条“（一）”规定的情形，应当建议某县看守所释放甲。

4. [答案] 错误。

[考点] 羁押必要性审查。

[解析] 《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》第21条规定：“经审查认为无继续羁押必要的，检察官应当报经检察长或者分管副检察长批准，以本院名义向办案机关发出释放或者变更强制措施建议书，并要求办案机关在十日以内回复处理情况。

释放或者变更强制措施建议书应当说明不需要继续羁押犯罪嫌疑人、被告人的理由和法律依据。”

《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定（试行）》第23条规定：“经审查认为有继续羁押必要的，由检察官决定结案，并通知办案机关。”

可见，经过审查，如果认为无继续羁押必要的，提出释放或者变更强制措施的建议应当报经检察长或者分管副检察长批准。如果认为有继续羁押必要的，由检察官决定结案，无需经过检察长决定。所以这句话是错误的。

案例 15

甲乙丙三人共同伤害丁被某县公安机关立案侦查，某县公安机关经过侦查：

对于甲：某县公安机关认为甲实施了故意伤害行为属于主犯，依法对甲采取了拘留措施。随后侦查机关收集到了相关的证据，报请某县检察院审查批捕，某县检察院经过审查认为侦查机关收集的认定甲实施故意伤害行为的证据不足，不符合逮捕条件，于是没有讯问甲便直接做出了不批准逮捕的决定。某县公安机关不服，向某县检察院申请复议。经过复议，某县检察院仍然维持不批准逮捕的决定，

某县公安机关将甲变更为取保候审措施。

对于乙：某县公安机关认为乙为甲逃跑提供了汽车，属于从犯，对乙采取了取保候审措施，乙在取保候审期间又实施了诈骗犯罪，某县公安机关报请某县检察院审查批准逮捕，某县检察院批捕后，某县公安机关对乙实施逮捕，在抓捕乙后发现，乙是家中重病母亲的唯一抚养人，于是将乙予以释放。

对于丙：某县公安机关认为丙为甲购买了伤害丁所用的绳子和刀片，属于从犯。依法拘传丙进行讯问，丙到案后，通过讯问丙发现，丙还涉嫌另外一起盗窃案，在连续讯问丙 24 小时后，将丙拘留并羁押于某县看守所。

请简要分析某县公安机关及检察院在办理本案中存在的程序违法情况。

〔考点〕拘传、取保候审、监视居住、逮捕程序综合

〔解析〕某县公安机关及检察院在办理本案中存在若干程序违法情况，具言之：

对于甲，首先，某县检察院审查批捕时没有讯问甲错误。

《刑法》第八十六条规定：“人民检察院审查批准逮捕，可以讯问犯罪嫌疑人；有下列情形之一的，应当讯问犯罪嫌疑人：

- （一）对是否符合逮捕条件有疑问的；
- （二）犯罪嫌疑人要求向检察人员当面陈述的；
- （三）侦查活动可能有重大违法行为的。

人民检察院审查批准逮捕，可以询问证人等诉讼参与人，听取辩护律师的意见；辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见。”

本案中，某县检察院经过审查认为甲实施故意伤害行为的证据不足，这属于上述“（一）对是否符合逮捕条件有疑问的”情况，应当讯问甲。

其次，某县检察院不批捕的，某县公安机关没有立即释放甲错误。

《刑法》第八十九条第三款规定：“人民检察院应当自接到公安机关提请批准逮捕书后的七日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。人民检察院不批准逮捕的，公安机关应当在接到通知后立即释放，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。”

《刑法》第九十条规定：“公安机关对人民检察院不批准逮捕的决定，认为有错误的时候，可以要求复议，但是必须将被拘留的人立即释放。如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。上级人民检察院应当立即复核，作出是否变更的决定，通知下级人民检察院和公安机关执行。”

本案中，某县公安机关对某县检察院的不批捕决定不服，应当先将甲释放或者变更强制措施，不应当在复议后才对甲释放或者变更强制措施。

对于乙，某县公安机关对乙实施逮捕后发现，乙是家中重病母亲的唯一抚养人，于是将乙予以释放的做法错误。

根据《公安部规定》第一百三十一条第一项的规定，“被取保候审人违反取保候审规定，具有下列情形之一的，可以提请批准逮捕：（一）涉嫌故意实施新的犯罪行为的……。”某县公安机关将乙提起批准逮捕的做法正确。

但根据《刑法》第七十二条第一款的规定：“人民法院、人民检察院和公安机关对符合逮捕条件，有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以监视居住：

- （一）患有严重疾病、生活不能自理的；
- （二）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；
- （三）系生活不能自理的人的唯一抚养人；

（四）因为案件的特殊情况或者办理案件的需要，采取监视居住措施更为适宜的；

（五）羁押期限届满，案件尚未办结，需要采取监视居住措施的。”

可见，乙符合该条文的第三项，某县公安机关可以对乙采取监视居住措施，而不能对应当逮捕的乙予以释放。

对于丙，拘传后连续讯问 24 小时的做法是错误的。

《刑法》第一百一十七条规定：“对不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。对在现场发现的犯罪嫌疑人，经出示工作证件，可以口头传唤，但应当在讯问笔录中注明。

传唤、拘传持续的时间不得超过十二小时；案情特别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕措施的，传唤、拘传持续的时间不得超过二十四小时。

不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。传唤、拘传犯罪嫌疑人，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间。”

可见，拘传最长可以持续 24 小时，但应当在拘传的过程中保证丙的饮食和必要的休息时间，因此某县公安机关不得连续讯问丙 24 小时。即便发现丙另有罪行，某县公安机关可以对丙变更强制措施，但连续审讯 24 小时属于变相肉刑的非法取证行为。

案例 16

甲故意伤害乙构成犯罪，在庭审中乙对甲提起附带民事诉讼。

问题 1：甲在庭审过程中死亡，乙是否可以将甲的遗产继承人丙列为附带民事诉讼被告人？

问题 2：若甲故意伤害乙致乙死亡，乙的近亲属丙提起附带民事诉讼，丙要求甲赔偿医疗费、交通费、死亡赔偿金、丧葬费等合理费用的诉求是否应当得到人民法院的支持？

问题 3：附带民事诉讼被告人甲提出要求其好朋友丁代为赔偿的，人民法院是否应当同意？

1. [答案] 不可以。

[考点] 附带民事诉讼具体程序。

[解析] 《高法解释》第 143 条规定：“附带民事诉讼中依法负有赔偿的人包括：

- （一）刑事被告人以及未被追究刑事责任的其他共同侵害人；
- （二）刑事被告人的监护人；
- （三）死刑罪犯的遗产继承人；
- （四）共同犯罪案件中，案件审结前死亡的被告人的遗产继承人；
- （五）对被害人的物质损失依法应当承担赔偿责任的其他单位和个人。

附带民事诉讼被告人的亲友自愿代为赔偿的，应当准许。”

可见，法条中关于“继承人”的表述是“死刑罪犯的遗产继承人”和“共同犯罪案件中，案件审结前死亡的被告人的遗产继承人”。这是因为，刑事附带民事诉讼中，附带的民事诉讼应当以刑事审判的存在为前提。关于“死刑罪犯的遗产继承人”，能够被称为死刑罪犯，意味着判决生效了。判决能够生效，意味着刑事审判程序是顺利而完整地进行完了，只要刑事审判部分顺利而完整，附带民事诉讼部分就有存在的依据，因此可以将死刑罪犯的遗产继承人列为附带民事诉讼被告人。关于“共同犯罪案件中，案件审结前死亡的被告人的遗产继承人”，在共同犯罪案件的审理过程中，一部分被告人死亡了，意味着还有一部分被告人活着，只要还有被告人活着，就意味着刑事审判部分仍然存在，只要刑事审判部分存在，附带民事诉讼就有存在的依据。因此，可以将那部分死亡了的被告人的遗产继承人列为附带民事诉讼被告人。

而对于只有 1 名被告人的案件，被告人死亡后，被告人的遗产继承人不能被列为附带民事诉讼被告人。这是因为，在庭审过程中被告人死亡的，根据《刑事诉讼法》第 15 条的规定，人民法院会裁定终止审理，刑事部分将不复存在。附带民事诉讼部分因为刑事部分的消灭而丧失了存在的基础。本案中，乙可以在刑事部分灭失后，另行提起民事诉讼起诉丙，此时，丙属于民事诉讼被告人，而非附带民事诉讼被告人。所以不可以将甲的遗产继承人丙列为附带民事诉讼被告人。

2. [答案] 不应当。

[考点] 附带民事诉讼具体程序。

[解析] 《高法解释》第 155 条规定：“对附带民事诉讼作出判决，应当根据犯罪行为造成的物质损失，结合案件具体情况，确定被告人应当赔偿的数额。”

犯罪行为造成被害人人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支付的合理费用，以及因误工减少的收入。造成被害人残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费等费用；造成被害人死亡的，还应当赔偿丧葬费等费用。

驾驶机动车致人伤亡或者造成公私财产重大损失，构成犯罪的，依照《中华人民共和国道路交通安全法》第 76 条的规定确定赔偿责任。

附带民事诉讼当事人就民事赔偿问题达成调解、和解协议的，赔偿范围、数额不受第二款、第三款规定的限制。”

可见，致人死亡的，主要赔偿丧葬费等费用，没有死亡赔偿金。附带民事诉讼中，只支持赔偿最基本的物质损失，不包含精神损害赔偿，也不包含死亡赔偿金。本案中，人民法院支持丙请求死亡赔偿金于法无据。

3. [答案] 视情况允许。

[考点] 附带民事诉讼具体程序。

[解析] 《高法解释》第 143 条第 2 款规定：“附带民事诉讼被告人的亲友自愿代为赔偿的，应当准许。”可见，人民法院应当审查甲的朋友代为赔偿的自愿性，如果朋友丁自愿代为赔偿，人民法院应当准许。如果朋友丁不愿代为赔偿，人民法院不予准许。

案例 17:

张三、李四系夫妻，将一套房屋租于甲、乙居住，由于甲、乙延迟交租金决定解除与甲乙的租赁合同。甲乙找张三和李四理论并对张三、李四进行辱骂，张三情急下用菜刀将甲砍成重伤，致乙轻伤，李四用笏帚也对甲和乙进行了击打。某县公安机关经过初查决定对张三以故意伤害罪立案侦查，李四由于情节显著轻微而未被立案侦查，本案随后由某县检察院起诉至某县法院。甲对张三提起了附带民事诉讼。某县法院依职权对张三、李四用于出租的房产进行了保全。乙考虑自己骂张三、李四在先，放弃了对张三、李四的附带民事诉讼请求。某县法院将张三作为被告人，将张三、李四作为附带民事诉讼被告人公开开庭进行了审理进行了审理。经过审理，某县法院认为合议庭中的刑事法官审理附带民事部分不专业，遂先审理刑事部分，将附带民事部分移送本院民庭进行审理。

问题 1：乙可否放弃对张三、李四的附带民事诉讼请求？为什么？

问题 2：某县法院将张三、李四作为附带民事诉讼被告人是否正确？为什么？

问题 3：某县法院依职权对张三、李四用于出租的房产进行了保全是否正确？为什么？

问题 4：某县法院将附带民事部分移送本院民庭进行审理是否正确？为什么？

1. [答案] 可以放弃。

[考点] 附带民事诉讼的权利放弃

〔解析〕《高法解释》第一百四十四条规定：“被害人或者其法定代理人、近亲属仅对部分共同侵害人提起附带民事诉讼的，人民法院应当告知其可以对其他共同侵害人，包括没有被追究刑事责任的其他共同侵害人，一并提起附带民事诉讼，但共同犯罪案件中同案犯在逃的除外。”

被害人或者其法定代理人、近亲属放弃对其他共同侵害人的诉讼权利的，人民法院应当告知其相应法律后果，并在裁判文书中说明其放弃诉讼请求的情况。”

本案中，乙有权放弃对张三、李四的附带民事诉讼赔偿请求，某县法院应当告知乙相应法律后果，即放弃后不能再对张三、李四提起附带民事诉讼，并在裁判文书中说明乙放弃诉讼请求的情况。

2.〔答案〕不正确。

〔考点〕附带民事诉讼被告人

〔解析〕《高法解释》第一百四十三条第一款规定：“附带民事诉讼中依法负有赔偿的人包括：

- （一）刑事被告人以及未被追究刑事责任的其他共同侵害人；
- （二）刑事被告人的监护人；
- （三）死刑罪犯的遗产继承人；
- （四）共同犯罪案件中，案件审结前死亡的被告人的遗产继承人；
- （五）对被害人的物质损失依法应当承担赔偿责任的其他单位和个人。”

根据该条文第一项的规定，本案中张三属于刑事被告人，李四属于未被追究刑事责任的其他共同侵害人，张三、李四都可以作为附带民事诉讼被告人。

又根据《高法解释》第一百四十四条规定“被害人或者其法定代理人、近亲属仅对部分共同侵害人提起附带民事诉讼的，人民法院应当告知其可以对其他共同侵害人，包括没有被追究刑事责任的其他共同侵害人，一并提起附带民事诉讼，但共同犯罪案件中同案犯在逃的除外。”

被害人或者其法定代理人、近亲属放弃对其他共同侵害人的诉讼权利的，人民法院应当告知其相应法律后果，并在裁判文书中说明其放弃诉讼请求的情况。”

本案中，甲只对张三提起附带民事诉讼，某县法院应当告知其可以对李四一并提起附带民事诉讼，但甲放弃了对李四的诉讼权利，某县法院应当告知其相应法律后果，并在裁判文书中说明其放弃诉讼请求的情况。某县法院不应当将李四列为附带民事诉讼被告人。

3.〔答案〕正确。

〔考点〕财产保全

〔解析〕《高法解释》第一百五十二条第一款规定：“人民法院对可能因被告人的行为或者其他原因，使附带民事判决难以执行的案件，根据附带民事诉讼原告人的申请，可以裁定采取保全措施，查封、扣押或者冻结被告人的财产；附带民事诉讼原告人未提出申请的，必要时，人民法院也可以采取保全措施。”

可见，本案中，某县法院可以根据甲的申请裁定保全，即便甲没有提出申请，必要时，为了使附带民事判决得以执行，某县法院也可以依职权采取保全措施。

4.〔答案〕不正确。

〔考点〕附带民事诉讼的审理程序

〔解析〕《刑事诉讼法》第一百零二条规定：“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。”

本案中，某县法院应当将附带民事诉讼同刑事案件一并审判，即便可能导致刑事案件审判的过分迟延，在先审理完刑事案件后，应当由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。故而，某县法院不能将附带民事部分移送本院民庭进行审理。

案例 18

在老同学聚会的酒宴上，甲喝多了，无故追打邻桌的乙，并用一空酒瓶砸中乙的头部，乙跑至酒店旁边的某县法院报案。法院的值班人员听完乙的陈述后让乙到某县公安机关报案，乙随后跑到某县公安机关报案。某县公安机关在审查中发现乙说不太清，案件事实不明，经办案部门负责人批准，进行了初查。经过初查，某县公安机关发现甲已经潜逃，不知所踪，于是对本案作出不立案决定。

问题 1：法院的值班人员让乙到某县公安机关报案的做法是否正确？为什么？

问题 2：面对乙的报案，某县公安机关是否应当制作受案登记表，并向乙出具回执？

问题 3：某县公安机关在初查过程中，是否可以依照有关法律和规定采取询问、查询、勘验、鉴定和搜查、扣押等措施？

问题 4：某县公安机关对本案作出不立案决定是否正确？为什么？

1. [答案] 错误。

[考点] 报案、控告、举报。

[解析] 《刑法》第一百零八条规定：“任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。”

被害人对侵犯其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者控告。

公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报，都应当接受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。

犯罪人向公安机关、人民检察院或者人民法院自首的，适用第三款规定。”

本案中，乙作为被害人，有权向某县法院报案或者控告，某县法院应当接受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，必须对甲采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。故而，某县法院值班人员告知乙去某县公安机关报案的做法错误。

2. [答案] 应当。

[考点] 立案程序。

[解析] 《公安部规定》第 168 条规定：“公安机关接受案件时，应当制作受案登记表，并出具回执。”可见，公安机关对于报案，应当立即接受案件，应当制作受案登记表，并出具回执。

3. [答案] 不可以。

[考点] 立案程序。

[解析] 《公安部规定》第 171 条规定：“对接受的案件，或者发现的犯罪线索，公安机关应当迅速进行审查。”

对于在审查中发现案件事实或者线索不明的，必要时，经办案部门负责人批准，可以进行初查。

初查过程中，公安机关可以依照有关法律和规定采取询问、查询、勘验、鉴定和调取证据材料等不限制被调查对象人身、财产权利的措施。”

可见，在初查过程中，公安机关只能采取不限制被调查对象人身、财产权利的措施，而不可以使用搜查、扣押等限制被调查对象人身、财产权利的措施。

4. [答案] 错误。

[考点] 报案、控告、举报。

[解析] 《刑法》第一百一十条规定：“人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，

应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。”

本案中，某县公安机关经过初查只要认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，就应当立案。以甲已经潜逃为由作出不立案决定是错误的。

案例 19

在某大学的法学课堂上，老师组织学生就刑事立案问题进行讨论，请阐述下列学生观点是否正确并说明理由。

甲称：行政执法机关认为公安机关对其移送的案件应当立案侦查而不立案侦查，有权要求公安机关书面说明不立案的理由。

乙称：立案监督的对象包括侦查机关应当立案的不立案和不应当立案的反倒立案两种情况。

丙称：人民检察院发现公安机关违法立案的，有权要求公安机关撤销案件，公安机关应当在接到通知撤销案件书后立即撤销案件。

丁称：人民检察院发现公安机关应当立案而不立案的，有权建议公安机关立案。

1. [答案] 甲的观点错误。

[考点] 立案监督。

[解析] 《高检规则》第 553 条规定：“被害人及其法定代理人、近亲属或者行政执法机关，认为公安机关对其控告或者移送的案件应当立案侦查而不立案侦查，或者当事人认为公安机关不应当立案而立案，向人民检察院提出的，人民检察院应当受理并进行审查。

人民检察院发现公安机关可能存在应当立案侦查而不立案侦查情形的，应当依法进行审查。

人民检察院接到控告、举报或者发现行政执法机关不移送涉嫌犯罪案件的，应当向行政执法机关提出检察意见，要求其按照管辖规定向公安机关或者人民检察院移送涉嫌犯罪案件。”

可见甲的观点错误，行政执法机关可以向人民检察院提出，而非要求公安机关书面说理。

2. [答案] 乙的观点正确。

[考点] 立案监督。

[解析] 《高检规则》第 553 条第 1 款规定：“被害人及其法定代理人、近亲属或者行政执法机关，认为公安机关对其控告或者移送的案件应当立案侦查而不立案侦查，或者当事人认为公安机关不应当立案而立案，向人民检察院提出的，人民检察院应当受理并进行审查。”可见，立案监督的对象有二，应当立案而不立案和不应当立案而立案的。

3. [答案] 丙的观点错误。

[考点] 立案监督。

[解析] 《高检规则》第 559 条规定：“人民检察院通知公安机关立案或者撤销案件，应当制作通知立案书或者通知撤销案件书，说明依据和理由，连同证据材料送达公安机关，并且告知公安机关应当在收到通知立案书后十五日以内立案，对通知撤销案件书没有异议的应当立即撤销案件，并将立案决定书或者撤销案件决定书及时送达人民检察院。”

可见，公安机关对撤销案件通知书没有异议的，才会立即撤销，如果有异议，公安机关会进一步申请复议、复核，所以丙的观点错误。

4. [答案] 丁的观点错误。

[考点] 立案监督。

[解析] 《刑事诉讼法》第一百一十一条规定：“人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，

人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。”本例中，检察院发现公安机关应当立案而不立案的，应当首先要求公安机关说明不立案的理由。检察院认为公安机关理由不能成立的，应当“通知”而非“建议”公安机关立案。

案例 20

甲涉嫌盗窃罪被某县公安机关立案侦查，在讯问过程中，侦查人员要求犯罪嫌疑人甲亲笔书写供述，甲的妻子为甲聘请了律师乙。

问题 1：甲的律师乙认为某县公安机关扣押了与案件无关的甲的合法财产，乙该怎么做？

问题 2：若乙向某县公安机关申诉后，对申诉的处理决定不服，是否可以向某市人民检察院申诉？

问题 3：侦查人员要求甲亲笔书写供词，是否合法？

1. [答案] 甲的律师乙应首先向某县公安机关申诉。

[考点] 对非法侦查行为的申诉。

[解析] 《刑事诉讼法》第 115 条规定：“当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人对于司法机关及其工作人员有下列行为之一的，有权向该机关申诉或者控告：

- （一）采取强制措施法定期限届满，不予以释放、解除或者变更的；
- （二）应当退还取保候审保证金不退还的；
- （三）对与案件无关的财物采取查封、扣押、冻结措施的；
- （四）应当解除查封、扣押、冻结不解除的；
- （五）贪污、挪用、私分、调换、违反规定使用查封、扣押、冻结的财物的。

受理申诉或者控告的机关应当及时处理。对处理不服的，可以向同级人民检察院申诉……。”

可见，甲的律师乙可以首先向某县公安机关申诉，某县公安机关应当及时处理。对处理不服的，乙还可以向某县人民检察院申诉。某县人民检察院对申诉应当及时进行审查，情况属实的，通知某县公安机关予以纠正。

2. [答案] 不可以。

[考点] 对非法侦查行为的申诉。

[解析] 根据上述《刑事诉讼法》第 115 条的规定，当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人对于司法机关及其工作人员的非法侦查行为，有权向该机关申诉或者控告，对处理不服的，可以向同级人民检察院申诉。

本例中，甲涉嫌盗窃罪，若乙向某县公安机关申诉后，对申诉的处理决定不服，可以向某县人民检察院申诉。

3. [答案] 合法。

[考点] 讯问。

[解析] 《刑事诉讼法》第 120 条规定：“讯问笔录应当交犯罪嫌疑人核对，对于没有阅读能力的，应当向他宣读。如果记载有遗漏或者差错，犯罪嫌疑人可以提出补充或者改正。犯罪嫌疑人承认笔录没有错误后，应当签名或者盖章。侦查人员也应当在笔录上签名。犯罪嫌疑人请求自行书写供述的，应当准许。必要的时候，侦查人员也可以要犯罪嫌疑人亲笔书写供词。”可见，侦查人员也可以要甲亲笔书写供词。

案例 21

张三因涉嫌贩卖毒品被某县公安机关立案侦查，侦查人员对张三采取了拘留措施并将其羁押于某

县看守所，张三被羁押 48 小时后，侦查人员第一次讯问了张三，张三一开始拒不交代，经过 24 小时的连续审讯，张三终于如实供述。通过讯问，侦查人员了解到有大量毒品藏于其朋友李四家，侦查人员遂依法赴李四家实施搜查，搜查时李四不在家，李四的父母在家，侦查人员在李四父母在场的情况下实施了搜查。通过搜查，侦查人员扣押了李四大衣柜里的疑似毒品的白色粉末 500g，李四的手机一部和李四父母的银行卡两张。案件侦查终结后，某县公安机关将案件移送某县检察院审查起诉。

问题 1：张三在侦查阶段可以享有哪些诉讼权利？

问题 2：侦查人员的搜查行为是否合法？为什么？

问题 3：侦查人员的扣押行为是否合法？为什么？

问题 4：侦查人员的讯问行为是否合法？为什么？

问题 5：某县检察院在审查起诉过程中发现侦查人员的非法取证行为，应当如何处置？

1. [答案] 张三享有聘请律师，申请变更、解除强制措施，申请回避等诉讼权利。

[考点] 犯罪嫌疑人的诉讼权利

[解析] 依据我国《刑事诉讼法》的相关规定，侦查阶段犯罪嫌疑人张三享有的主要诉讼权利包括：

第一，有权聘请律师；

第二，有权申请解除强制措施、变更强制措施；

第三，对鉴定结论的知情权、申请补充鉴定、重新鉴定权；

第四，与本案无关的问题，享有拒绝回答的权利；

第五，申请回避的权利；

第六，享有控告、申诉权。

2. [答案] 不合法

[考点] 搜查

[解析] 《刑诉法》第一百三十七条第一款规定：“在搜查的时候，应当有被搜查人或者他的家属，邻居或者其他见证人在场。”根据条文的表述，被搜查人或者他的家属应当至少有一人在场，邻居或者其他见证人应当至少有一人在场，即搜查应当形成三方格局——实施搜查的人，被搜查的人和与案件无关的见证人。本案中，侦查人员仅在李四父母在场的情况下实施搜查，没有邀请见证人，搜查行为不合法。

3. [答案] 不合法

[考点] 扣押

[解析] 《刑诉法》第一百三十九条第一款规定：“在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种财物、文件，应当查封、扣押；与案件无关的财物、文件，不得查封、扣押。”本案中，侦查人员从李四家大衣柜中搜查到的疑似毒品的白色粉末可以扣押，但大衣柜中李四的手机，尤其是李四父母的银行卡，与案件无关，不应当扣押。

4. [答案] 不合法

[考点] 讯问

[解析] 本案中，侦查人员的讯问有两处非法。

第一，侦查人员在将张三送看守所羁押 48 小时后讯问非法。《刑诉法》第八十四条规定：“公安机关对被拘留的人，应当在拘留后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。”可见，侦查人员应当在将张三送看守所羁押后的二十四小时内进行讯问才对。

第二，侦查人员对张三连续审讯 24 小时属于非法取证。《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第二条第一款规定：“采取殴打、违法使用戒具等暴力方法或者变相肉刑的恶劣手段，

使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出的供述，应当予以排除。”可见，侦查人员连续审讯张三 24 小时的行为属于变相肉刑，所获取的供述应当依法排除。

5. [答案] 某县检察院应当依法排除相关证据并提出纠正意见，必要时某县检察院可以自行调查取证。

[考点] 非法证据排除程序

[解析] 《高检规则》第五百六十四条规定：“人民检察院依法对公安机关的侦查活动是否合法实行监督。”《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第十七条第二款规定：“人民检察院在审查起诉期间发现侦查人员以刑讯逼供等非法方法收集证据的，应当依法排除相关证据并提出纠正意见，必要时人民检察院可以自行调查取证。”可见，某县检察院有权对某县公安机关的侦查活动进行监督，在审查起诉中发现某县公安机关非法取证的，应当依法排除通过非法行为获取的口供并对某县公安机关提出纠正意见。必要时，某县检察院也可以自行收集证据。

案例 22:

张三因涉嫌故意伤害李四被某县公安机关立案侦查，侦查终结后移送某县检察院审查起诉。张三聘请了律师王五作为辩护人，李四聘请了律师赵六作为诉讼代理人。

问题 1：某县检察院在审查起诉期间，某县公安机关突然发现案件证据不足，决定向某县检察院撤回案件是否可以？为什么？

问题 2：某县检察院在审查起诉期间，是否应当讯问张三？应当听取李四、王五、赵六的意见？

问题 3：某县检察院在审查起诉期间，若发现张三还涉嫌一起诈骗犯罪，该如何处理？

问题 4：某县检察院在审查起诉期间，若发现张三可能被判处无期徒刑，该如何处理？

1. [答案] 不可以。

[考点] 审查起诉

[解析] 《刑诉法》第一百七十一条第二款规定：“人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。”可见，对于证据不足需要补充侦查的，应当由检察院决定退回公安机关补充侦查或者由检察院自行侦查，某县公安机关没有权力向某县检察院要求撤回案件。

2. [答案] 应当听取。

[考点] 审查起诉

[解析] 《刑诉法》第一百七十条规定：“人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取辩护人、被害人及其诉讼代理人的意见，并记录在案。辩护人、被害人及其诉讼代理人提出书面意见的，应当附卷。”可见，检察院在审查起诉时，应当讯问犯罪嫌疑人，对辩护人、被害人、诉讼代理人的意见都要听取。本案中，某县检察院在审查起诉时应当讯问张三，应当听取李四、王五、赵六的意见。

3. [答案] 某县检察院应当要求某县公安机关补充移送审查起诉。认为需要补充侦查的，可以将案件退回某县公安机关补充侦查，也可以自行侦查。

[考点] 审查起诉

[解析] 《高检规则》第三百八十条规定：“人民检察院认为犯罪事实不清、证据不足或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形需要补充侦查的，应当提出具体的书面意见，连同案卷材料一并退回公安机关补充侦查；人民检察院也可以自行侦查，必要时可以要求公安机关提供协助。”《高检规则》第三百九十一条规定：“人民检察院在办理公安机关移送起诉的案件中，发现遗漏罪行或者依法应当移送审查起诉同案犯罪嫌疑人的，应当要求公安机关补充移送审查起诉；对于犯罪事实清楚，证据确实、

充分的,人民检察院也可以直接提起公诉。”本案中,某县检察院在审查起诉中发现张三还涉嫌一起诈骗犯罪,属于存在漏罪的情况,某县检察院应当要求某县公安机关补充移送审查起诉。认为需要补充侦查的,可以退回某县公安机关补充侦查,也可以自行侦查。对于故意伤害罪,如果认为犯罪事实清楚,证据确实、充分的,某县检察院可以先就故意伤害罪提起公诉。

4. [答案] 某县检察院应当在五日以内经由案件管理部门移送某市检察院。同时,某县检察院应当将移送管辖的情况通知某县公安机关。

[考点] 审查起诉

[解析] 《高检规则》第三百六十二条第一款规定:“各级人民检察院提起公诉,应当与人民法院审判管辖相适应。公诉部门收到移送审查起诉的案件后,经审查认为不属于本院管辖的,应当在五日以内经由案件管理部门移送有管辖权的人民检察院。”《高检规则》第三百六十二条第二款规定:“认为属于上级人民法院管辖的第一审案件的,应当报送上一级人民检察院,同时通知移送审查起诉的公安机关;认为属于同级其他人民法院管辖的第一审案件的,应当移送有管辖权的人民检察院或者报送共同的上级人民检察院指定管辖,同时通知移送审查起诉的公安机关。”本案中,某县检察院在审查起诉期间,若发现张三可能被判处无期徒刑,此时某县检察院应当在五日以内经由案件管理部门移送某市检察院。同时,某县检察院应当将移送管辖的情况通知某县公安机关。

案例 23:

甲因故意杀人罪被某市中级人民法院一审判处无期徒刑,甲服判,但人民检察院认为甲量刑畸轻提出抗诉,某省高级人民法院经过审理维持了原判。

问题 1: 某市中级人民法院在审理时是否可由审判员 5 人组成合议庭?

问题 2: 某省高级人民法院在审理时是否可由审判员 7 人组成合议庭?

问题 3: 对于甲案,某市中级人民法院在作出一审判决前,合议庭是否应当提请院长决定提交审判委员会讨论决定?

问题 4: 对于甲案,某省高级人民法院在作出二审裁判前,合议庭是否应当提请院长决定提交审判委员会讨论决定?

1. [答案] 不可以。

[考点] 审判组织。

[解析] 《中华人民共和国人民陪审员法》第十六条规定:“人民法院审判下列第一审案件,由人民陪审员和法官组成七人合议庭进行:

- (一) 可能判处十年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑,社会影响重大的刑事案件;
- (二) 根据民事诉讼法、行政诉讼法提起的公益诉讼案件;
- (三) 涉及征地拆迁、生态环境保护、食品药品安全,社会影响重大的案件;
- (四) 其他社会影响重大的案件。”

本案中,甲因故意杀人罪被某市中级人民法院一审判处无期徒刑,根据上述条文“(一)”的规定,某市中级人民法院应当由人民陪审员和法官组成七人合议庭进行审理。因此不可能由审判员 5 人组成合议庭。

2. [答案] 不可以。

[考点] 审判组织。

[解析] 《刑事诉讼法》第 178 条第 2 款规定:“高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件,应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。”

《刑事诉讼法》第178条第4款规定：“人民法院审判上诉和抗诉案件，由审判员三人至五人组成合议庭进行。”

可见在本例中，某省高级人民法院审理的是二审程序，在审理时不可由审判员7人组成合议庭，只能由审判员3人至5人组成合议庭进行。

3. [答案] 不应当。

[考点] 审判组织。

[解析] 《高法解释》第178条规定：“合议庭审理、评议后，应当及时作出判决、裁定。

拟判处死刑的案件、人民检察院抗诉的案件，合议庭应当提请院长决定提交审判委员会讨论决定。

对合议庭成员意见有重大分歧的案件、新类型案件、社会影响重大的案件以及其他疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定。

人民陪审员可以要求合议庭将案件提请院长决定是否提交审判委员会讨论决定。

对提请院长决定提交审判委员会讨论决定的案件，院长认为不必要的，可以建议合议庭复议一次。

独任审判的案件，审判员认为有必要的，也可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定。”

可见，应当提交审委会讨论的案件包括拟判处死刑的案件和人民检察院抗诉的案件。本例中，甲因故意杀人罪被某市中级人民法院一审判处无期徒刑，甲不属于拟判处死刑的情况，不属于应当提交审判委员会的情形。

4. [答案] 应当。

[考点] 审判组织。

[解析] 根据上述《高法解释》第178条的规定，应当提交审判委员会讨论的案件包括拟判处死刑的案件和人民检察院抗诉的案件。本例中，人民检察院认为甲量刑畸轻提出抗诉，属于应当提交审判委员会的情形。

案例 24:

达奇奇化妆品股份有限公司主营洁面乳，公司法定代表人李某指令库管员采用不登记入库、营销人员打白条领取产品的方法销售，逃避缴税100万元。达奇奇公司及李某以逃税罪被起诉到人民法院。

问题1：对达奇奇公司财产的处置，涉及违法所得及其孳息，尚未被查封、扣押、冻结的，人民法院是否应当查封、扣押、冻结？

问题2：如达奇奇公司在案件审理期间发生变故，公司被吊销营业执照，人民法院仍应将达奇奇公司列为被告单位，并对李某继续审理。人民法院的做法是否正确？

问题3：如达奇奇公司在案件审理期间发生变故，公司被分立，应将分立后的单位列为被告单位，并以达奇奇公司在新单位的财产范围承担责任。人民法院的做法是否正确？

1. [答案] 人民法院应当查封、扣押、冻结。

[考点] 单位犯罪的审判程序。

[解析] 《高法解释》第284条规定：“被告单位的违法所得及其孳息，尚未被依法追缴或者查封、扣押、冻结的，人民法院应当决定追缴或者查封、扣押、冻结。”可见，法院应当对达奇奇公司财产进行查封、扣押、冻结。

2. [答案] 不正确。

[考点] 单位犯罪的审判程序。

[解析] 《高法解释》第286条规定：“审判期间，被告单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的，对单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当继续审理。”

可见，如达奇奇公司在案件审理期间发生变故，公司被吊销营业执照，对李某应当继续审理，但公司已经不存在，不可能再被列为被告单位。

3. [答案] 不正确。

[考点] 单位犯罪的审判程序。

[解析] 《高法解释》第 287 条规定：“审判期间，被告单位合并、分立的，应当将原单位列为被告单位，并注明合并、分立情况。对被告单位所判处的罚金以其在新单位的财产及收益为限。”

可见，公司被合并或者分立的，仍应将达奇奇公司列为被告单位，但应以其在新单位的财产范围承担责任。

案例 25:

甲因盗窃罪被立案侦查，并由某县人民法院一审，甲委托了律师乙，案内有 1 个证人丙。乙对不利于甲的书面证言有异议，申请法院通知丙出庭作证并向法庭说明该证言对甲的定罪量刑有重大影响，法院经过审查认为丙有出庭的必要，决定通知丙出庭作证，但经过联系发现丙 1 个月前刚去美国留学短期无法回国，人民法院遂准许丙不作证。

问题：请评价某县人民法院上述的做法是否正确，请说出法律依据。

[答案] 1. 乙申请法院通知丙出庭作证，法院应当通知丙出庭作证的做法是正确的。

2. 人民法院可以准许丙不作证的做法是错误的。

[考点] 法庭调查。

[解析] 《高法解释》第 205 条规定：“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对定罪量刑有重大影响，或者对鉴定意见有异议，申请法庭通知证人、鉴定人出庭作证，人民法院认为有必要的，应当通知证人、鉴定人出庭；无法通知或者证人、鉴定人拒绝出庭的，应当及时告知申请人。”

《高法解释》第 206 条规定：“证人具有下列情形之一，无法出庭作证的，人民法院可以准许其不出庭：

- (一) 在庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的；
- (二) 居所远离开庭地点且交通极为不便的；
- (三) 身处国外短期无法回国的；
- (四) 有其他客观原因，确实无法出庭的。

具有前款规定情形的，可以通过视频等方式作证。”

可见，证人和鉴定人并非各种庭审均需出庭。证人和鉴定人出庭需要同时符合三个条件：有异议、提申请、有必要。本例中，证人符合这三项出庭条件，某县人民法院通知证人出庭的做法正确。此外，在我国，除了少数享有外交豁免权的人，证人都负有作证的义务。本例中，证人身处国外短期无法回国的，证人可以不出庭，但不是不作证，证人还可以通过视频等方式作证，因此法院允许证人不作证的做法是错误的。

案例 26

李佳佳在逛商场时，由于买不起心爱的包包被店员希希嘲笑，李佳佳一怒之下杀死五名顾客。李佳佳以涉嫌故意杀人罪被追诉，法院在开庭审判之前召开了庭前会议。

问题 1：在庭前会议中，法院对控辩双方都持有异议的证据是否应当进行重点调查？

问题 2：在庭前会议中，法院是否可以对附带民事诉讼部分进行调解？

问题 3: 李佳佳和希希有权参加庭前会议接受审查或说明情况, 正确吗?

问题 4: 控辩双方在庭前会议阶段可以进行证据开示吗?

1. [答案] 不应当。

[考点] 庭前会议。

[解析] 《高法解释》第 184 条规定: “召开庭前会议, 审判人员可以就下列问题向控辩双方了解情况, 听取意见:

(一) 是否对案件管辖有异议;

(二) 是否申请有关人员回避;

(三) 是否申请调取在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集但未随案移送的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料;

(四) 是否提供新的证据;

(五) 是否对出庭证人、鉴定人、有专门知识的人的名单有异议;

(六) 是否申请排除非法证据;

(七) 是否申请不公开审理;

(八) 与审判相关的其他问题。

审判人员可以询问控辩双方对证据材料有无异议, 对有异议的证据, 应当在庭审时重点调查; 无异议的, 庭审时举证、质证可以简化。

被害人或者其法定代理人、近亲属提起附带民事诉讼的, 可以调解。

庭前会议情况应当制作笔录。”

可见, 庭前会议不是正式庭审, 只是了解情况、听取意见, 即仅能处理一些程序性事项, 不能对案件的具体事实和证据进行审查, 审查事实和证据应当是后续第一审程序的工作。审判人员虽然可以询问控辩双方对证据材料有无异议, 但对有异议的证据, 会在庭审时重点调查, 无异议的, 庭审时举证、质证可以简化。不可以在庭前会议中进行调查。因此, 本例中, 法院不应就控辩双方都持有异议的证据在庭前会议中重点调查, 有异议的证据会在后续正式的庭审中再进行重点调查。

2. [答案] 可以。

[考点] 庭前会议。

[解析] 根据上述《高法解释》第 184 条第 3 款的规定, 在庭前会议中, 法院可以对附带民事诉讼部分进行调解。

3. [答案] 不正确。

[考点] 庭前会议。

[解析] 《高法解释》第 183 条第 2 款规定: “召开庭前会议, 根据案件情况, 可以通知被告人参加。”可见, 根据法条的规定, 可以通知被告人参加。被告人参加并非权利。此外, 庭前会议由法官主持, 控辩双方参加, 对案件的程序问题进行审查。在庭前会议中, 根据上述《高法解释》第 184 条的规定, 可以审查出庭证人、鉴定人、有专门知识的人的名单, 但不会审查证人证言。本例中, 李佳佳作为被告人, 希希作为证人, 都不是必须出席庭前会议的主体, 法官在庭前会议中不会审查被告人供述、辩解和证人证言。

4. [答案] 可以。

[考点] 庭前会议。

[解析] 最高人民法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》第 6 条第 1 款规定: “人民法院可以在庭前会议中组织控辩双方展示证据, 听取控辩双方对在案证据的意见,

并梳理存在争议的证据。对控辩双方在庭前会议中没有争议的证据，可以在庭审中简化举证、质证。”可见本例中，控辩双方在庭前会议阶段可以进行证据开示。

■ 案例 27:

戴小新和李佳佳系邻居，一直不和睦，经常因琐事争吵。一日，戴小新因怀疑李佳佳偷了他心爱的手表向某县公安机关报案，某县公安机关经过审查发现涉案手表价值约为 100 元人民币，不符合立案标准，便作出了不立案的决定。戴小新不服，便直接将李佳佳诉至某县人民法院，希望人民法院追究李佳佳盗窃罪，请回答下列问题：

问题 1：某县人民法院对于自诉案件进行初步审查后，如果发现戴小新缺乏罪证，又提不出补充证据的，某县人民法院该如何处理？

问题 2：某县人民法院若在立案后发现戴小新缺乏罪证，又提不出补充证据，戴小新又坚持不撤回自诉，人民法院作出了驳回起诉的裁定。戴小新不服，有权提起上诉吗？

问题 3：鉴于戴小新与李佳佳曾经是好朋友的关系，某县人民法院可以在查明事实、分清是非的基础上，根据自愿、合法的原则进行调解吗？

1. [答案] 某县人民法院应当先说服戴小新撤回自诉，如果戴小新仍然坚持，若案件在立案前，可以裁定不予受理；若案件在立案后，可以裁定驳回起诉。

[考点] 自诉案件第一审程序。

[解析] 《高法解释》第 263 条规定：“对自诉案件，人民法院应当在十五日内审查完毕。经审查，符合受理条件的，应当决定立案，并书面通知自诉人或者代为告诉人。

具有下列情形之一的，应当说服自诉人撤回起诉；自诉人不撤回起诉的，裁定不予受理：

- (一) 不属于本解释第一条规定的案件的；
- (二) 缺乏罪证的；
- (三) 犯罪已过追诉时效期限的；
- (四) 被告人死亡的；
- (五) 被告人下落不明的；
- (六) 除因证据不足而撤诉的以外，自诉人撤诉后，就同一事实又告诉的；
- (七) 经人民法院调解结案后，自诉人反悔，就同一事实再行告诉的。”

《高法解释》第 264 条规定：“对已经立案，经审查缺乏罪证的自诉案件，自诉人提不出补充证据的，人民法院应当说服其撤回起诉或者裁定驳回起诉；自诉人撤回起诉或者被驳回起诉后，又提出了新的足以证明被告人有罪的证据，再次提起自诉的，人民法院应当受理。”

可见，人民法院对于立案前与立案后的处理略有不同。对于自诉人缺乏罪证的案件，人民法院在立案前，应当说服自诉人撤回起诉；自诉人不撤回起诉的，裁定不予受理。人民法院在立案后，应当说服其撤回起诉或者裁定驳回起诉。本例中，某县人民法院处于立案前的审查中，发现戴小新缺乏罪证，应当先说服戴小新撤回自诉，如果戴小新仍然坚持自诉，裁定不予受理。

2. [答案] 有权提出上诉。

[考点] 自诉案件第一审程序。

[解析] 《高法解释》第 265 条第 1 款规定：“自诉人对不予受理或者驳回起诉的裁定不服的，可以提起上诉。”可见，戴小新有权针对驳回起诉的裁定提出上诉。

3. [答案] 不可以。

[考点] 自诉案件第一审程序。

〔解析〕《高法解释》第 271 条规定：“人民法院审理自诉案件，可以在查明事实、分清是非的基础上，根据自愿、合法的原则进行调解。调解达成协议的，应当制作刑事调解书，由审判人员和书记员署名，并加盖人民法院印章。调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。调解没有达成协议，或者调解书签收前当事人反悔的，应当及时作出判决。”

刑事诉讼法第二百零四条第三项规定的案件不适用调解。”

可见，“刑事诉讼法第二百零四条第三项规定的案件”指的是第三类自诉案件，即公诉转自诉的案件。这类案件不适用调解。本例中，戴小新曾向某县公安机关报案，但公安机关不予追究李佳佳刑事责任，戴小新无奈才向人民法院提起自诉，属于公诉转自诉案件，不适用调解。

❏ 案例 28

奇奇因涉嫌诈骗被某县公安机关立案侦查，奇奇聘请了辩护律师王梅梅，本案随后由某县人民检察院向某县人民法院提起公诉，某县人民法院经过审查认为可以适用简易程序审理本案，请回答下列问题：

问题 1：若奇奇认罪但王梅梅坚持作无罪辩护的，本案还可以适用简易程序审理吗？

问题 2：某县人民法院适用简易程序审理案件，若认为奇奇可能判处 3 年有期徒刑，由 1 名审判员独任审判。某县人民法院的做法正确吗？

问题 3：某县人民法院在适用简易程序审理案件时，如果发现律师王梅梅接到出庭通知但拒绝出庭的，应当将案件转为普通程序审理吗？

1. 〔答案〕不可以。

〔考点〕简易程序。

〔解析〕《高法解释》第 290 条规定：“具有下列情形之一的，不适用简易程序：

- （一）被告人是盲、聋、哑人；
- （二）被告人是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人；
- （三）有重大社会影响的；
- （四）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；
- （五）辩护人作无罪辩护的；
- （六）被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的；
- （七）不宜适用简易程序审理的其他情形。”

可见，根据上述“（五）”的规定，本案不能适用简易程序审理。

2. 〔答案〕正确。

〔考点〕简易程序。

〔解析〕《刑事诉讼法》第 210 条规定：“适用简易程序审理案件，对可能判处三年有期徒刑以下刑罚的，可以组成合议庭进行审判，也可以由审判员一人独任审判；对可能判处的有期徒刑超过三年的，应当组成合议庭进行审判。”

适用简易程序审理公诉案件，人民检察院应当派员出席法庭。”

可见本例中，奇奇可能判处 3 年有期徒刑，属于“可能判处三年有期徒刑以下刑罚的”，可以组成合议庭进行审判，也可以由审判员 1 人独任审判。

3. 〔答案〕不应当。

〔考点〕简易程序。

〔解析〕《高法解释》第 298 条规定：“适用简易程序审理案件，在法庭审理过程中，有下列情

形之一的，应当转为普通程序审理：

- （一）被告人的行为可能不构成犯罪的；
- （二）被告人可能不负刑事责任的；
- （三）被告人当庭对起诉指控的犯罪事实予以否认的；
- （四）案件事实不清、证据不足的；
- （五）不应当或者不宜适用简易程序的其他情形。

转为普通程序审理的案件，审理期限应当从决定转为普通程序之日起计算。”

可见，律师不出庭不属于上述简易转普通的情形，人民法院无需转为普通程序审理。

■ 案例 29

韩某因涉嫌盗窃罪被某县检察院起诉至某县法院，韩某聘请了辩护律师李某，某县法院由审判员三人组成合议庭公开开庭审理，请回答以下问题：

问题 1：如果公诉人发现韩某还涉嫌一起诈骗罪需要追加起诉，公诉人应对如何处理？

问题 2：在问题 1 中，如果公诉人向法庭提出了关于韩某诈骗犯罪的新证据，应对如何保障韩某、李某的辩护权？

问题 3：如果某县法院在审理中发现韩某还涉嫌一起诈骗罪，该如何处理？

问题 4：如果某县法院在审理中发现韩某有自首情节，但检察院移送的案卷中没有相关证据材料的，该如何处理？

问题 5：李某对案件中的一份鉴定意见向法庭申请重新鉴定，某县法院裁定中止审理，并将案件退回某县检察院补充侦查。某县法院的做法是否正确？为什么？

问题 6：若某县法院对韩某作出判决后，韩某不服上诉，某市中级人民法院在审理过程中，李某向法院提交了新的能够证明韩某无罪的证据，某市中级人民法院查清事实后依法改判韩某无罪。对此，某县法院的合议庭组成人员是否应当承担相应的错案责任？为什么？

1. [答案] 公诉人可以建议法庭延期审理。

[考点] 公诉案件第一审程序——法庭调查

[解析] 《高检规则》第四百五十五条第一款规定：“法庭审判过程中遇有下列情形之一的，公诉人可以建议法庭延期审理：

- （一）发现事实不清、证据不足，或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人，需要补充侦查或者补充提供证据的；
- （二）被告人揭发他人犯罪行为或者提供重要线索，需要补充侦查进行查证的；
- （三）发现遗漏罪行或者遗漏同案犯罪嫌疑人，虽不需要补充侦查和补充提供证据，但需要补充、追加或者变更起诉的；
- （四）申请人民法院通知证人、鉴定人出庭作证或者有专门知识的人出庭提出意见的；
- （五）需要调取新的证据，重新鉴定或者勘验的；
- （六）公诉人出示、宣读开庭前移送人民法院的证据以外的证据，或者补充、变更起诉，需要给予被告人、辩护人必要时间进行辩护准备的；
- （七）被告人、辩护人向法庭出示公诉人不掌握的与定罪量刑有关的证据，需要调查核实的；
- （八）公诉人对证据收集的合法性进行证明，需要调查核实的。”

可见，根据该条文“（三）”，本案中公诉人发现韩某还涉嫌一起诈骗罪需要追加起诉的，可以建议法庭延期审理。

2. [答案] 李某有权查阅检察院补充的新证据, 对于公诉人的证据偷袭有权提出异议。

[考点] 庭审阶段辩护权保障

[解析] 首先, 《关于依法保障律师执业权利的规定》第十四条规定: “案件提起公诉后, 人民检察院对案卷所附证据材料有调整或者补充的, 应当及时告知辩护律师。辩护律师对调整或者补充的证据材料, 有权查阅、摘抄、复制。” 本案中, 公诉人追加诈骗罪, 对案卷所附证据材料有调整或者补充的, 应当及时告知李某, 李某有权查阅、摘抄、复制这些证据材料。

其次, 《高法解释》第二百二十一条规定: “公诉人申请出示开庭前未移送人民法院的证据, 辩护方提出异议的, 审判长应当要求公诉人说明理由; 理由成立并确有出示必要的, 应当准许。

辩护方提出需要对新的证据作辩护准备的, 法庭可以宣布休庭, 并确定准备辩护的时间。

辩护方申请出示开庭前未提交的证据, 参照适用前两款的规定。” 本案中, 如果公诉人向法庭突然提出关于韩某诈骗的新证据, 李某可以提出异议。如果法庭允许公诉人出示新的证据, 李某可以提出需要对新的证据作辩护准备。

3. [答案] 某县法院可以建议某县检察院追加起诉。

[考点] 公诉案件第一审程序——法庭调查

[解析] 《高法解释》第二百四十三条规定: “审判期间, 人民法院发现新的事实, 可能影响定罪的, 可以建议人民检察院补充或者变更起诉; 人民检察院不同意或者在七日内未回复意见的, 人民法院应当就起诉指控的犯罪事实, 依照本解释第二百四十一条的规定作出判决、裁定。” 《高检规则》第四百六十条规定: “在法庭审理过程中, 人民法院建议人民检察院补充侦查、补充起诉、追加起诉或者变更起诉的, 人民检察院应当审查有关理由, 并作出是否补充侦查、补充起诉、追加起诉或者变更起诉的决定。人民检察院不同意的, 可以要求人民法院就起诉指控的犯罪事实依法作出裁判。”

本案中, 如果某县法院发现韩某还涉嫌诈骗犯罪, 可以建议某县检察院补充或者追加起诉, 某县检察院应当审查有关理由, 并作出是否追加起诉的决定。如果经过审查不同意追加起诉的, 可以要求某县法院就起诉指控的盗窃罪依法作出裁判, 某县法院应当依法就盗窃罪是否成立作出裁判。

4. [答案] 某县法院应当通知某县检察院移送。

[考点] 公诉案件第一审程序——法庭调查

[解析] 《高法解释》第二百二十六条规定: “审判期间, 合议庭发现被告人可能有自首、坦白、立功等法定量刑情节, 而人民检察院移送的案卷中没有相关证据材料的, 应当通知人民检察院移送。

审判期间, 被告人提出新的立功线索的, 人民法院可以建议人民检察院补充侦查。”

可见, 某县法院如果发现韩某有自首情节, 但某县法院移送的案卷中没有相关证据材料的, 应当通知某县检察院移送。

5. [答案] 不正确。

[考点] 公诉案件第一审程序——法庭调查

[解析] 《刑事诉讼法》第一百九十二条第一款规定: “法庭审理过程中, 当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭, 调取新的物证, 申请重新鉴定或者勘验。” 《刑事诉讼法》第一百九十二条第三款规定: “法庭对于上述申请, 应当作出是否同意的决定。”

《刑事诉讼法》第一百九十八条规定: “在法庭审判过程中, 遇有下列情形之一的, 影响审判进行的, 可以延期审理:

- (一) 需要通知新的证人到庭, 调取新的物证, 重新鉴定或者勘验的;
- (二) 检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查, 提出建议的;
- (三) 由于申请回避而不能进行审判的。”

《刑诉法》第二百条规定：“在审判过程中，有下列情形之一的，致使案件在较长时间内无法继续审理的，可以中止审理：

- （一）被告人患有严重疾病，无法出庭的；
- （二）被告人脱逃的；
- （三）自诉人患有严重疾病，无法出庭，未委托诉讼代理人出庭的；
- （四）由于不能抗拒的原因。

中止审理的原因消失后，应当恢复审理。中止审理的期间不计入审理期限。”

本案中，李某对案件中的一份鉴定意见有权向法庭申请重新鉴定，法庭对于该申请，应当作出是否同意的决定。法庭经过审查，如果认为需要重新鉴定的，可以决定延期审理。因此，首先，重新鉴定不属于中止审理的法定情形，不能裁定中止审理。其次，法院不能因为需要重新鉴定而将案件直接退回检察院补充侦查，没有法律依据。

6. [答案] 不应当承担错案责任

[考点] 错案责任

[解析] 《最高人民法院关于进一步加强合议庭职责的若干规定》第十条规定：“合议庭组成人员存在违法审判行为的，应当按照《人民法院审判人员违法审判责任追究办法（试行）》等规定追究相应责任。合议庭审理案件有下列情形之一的，合议庭成员不承担责任：

- （一）因对法律理解和认识上的偏差而导致案件被改判或者发回重审的；
- （二）因对案件事实和证据认识上的偏差而导致案件被改判或者发回重审的；
- （三）因新的证据而导致案件被改判或者发回重审的；
- （四）因法律修订或者政策调整而导致案件被改判或者发回重审的；
- （五）因裁判所依据的其他法律文书被撤销或变更而导致案件被改判或者发回重审的；
- （六）其他依法履行审判职责不应当承担责任的。”

本案中，某市中级人民法院在二审过程中，李某向法院提交了新的能够证明韩某无罪的证据，某市中级人民法院查清事实后依法改判韩某无罪。这属于上述条文中“（三）”的情形，合议庭成员不承担错案责任。其背后的诉讼原理是，某县法院在一审时，新的证据并未出现，某县法院根据现有证据依法裁判，不能认为某县法院的合议庭成员将案件判错了。

案例 30

甲乙因故意伤害丙被某县公安机关立案侦查，甲被逮捕并羁押于某县看守所，乙在逃。后某县检察院对甲向某县法院提起公诉，甲聘请了辩护律师丁。某县法院经过审查甲案的证据，认为证据确实充分，决定依法公开开庭审理，在审理中，丙对甲提起了附带民事诉讼。

问题 1：某县法院经过审查甲案的证据，决定依法公开开庭审理的做法是否正确？为什么？

问题 2：某县法院因工作疏忽，忘了在开庭十日前将起诉书副本送达丁，丁因此拒绝出庭辩护，某县法院为甲提供了法律援助律师戊。某县法院的做法是否正确？为什么？

问题 3：某县法院发现案件中有一证人己，法院通知己出庭作证，己无正当理由拒不出庭，法院将己拘传到庭。某县法院的做法是否正确？为什么？

问题 4：某县法院在审理甲案的法庭调查阶段，甲拒不认罪，丁向法庭出示了能够证明甲不在犯罪现场的录音并声称甲具有自首情节，某县法院合并调查了相关证据并听取了公诉人的意见。某县法院的做法是否正确？为什么？

问题 5：某县法院经过审理，认为甲应当构成故意杀人罪，遂直接以故意杀人罪判处甲有期徒刑

十五年，附带民事赔偿丙5万元。某县法院的做法是否正确？为什么？

问题6：某县法院判决后，甲不服上诉，某市中级人民法院在审理时，甲对丙提起附带民事诉讼反诉，声称自己也被丙反击时所伤，应当得到赔偿，某市中级人民法院对附带民事诉讼部分撤销原判、发回重审。某市中级人民法院的做法是否正确？为什么？

问题7：本案裁判生效后，乙投案自首，某县法院审理乙时可否直接适用对甲的生效裁判中确认的证据来认定乙的犯罪事实？为什么？

1. [答案] 错误，庭前审查不应当进行实质审查。

[考点] 公诉案件第一审程序——庭前审查

[解析] 《刑诉法》第一百八十一条规定：“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中明确的指控犯罪事实的，应当决定开庭审判。”

《高法解释》第一百八十条规定：“对提起公诉的案件，人民法院应当在收到起诉书（一式八份，每增加一名被告人，增加起诉书五份）和案卷、证据后，指定审判人员审查以下内容：

（一）是否属于本院管辖；

（二）起诉书是否写明被告人的身份，是否受过或者正在接受刑事处罚，被采取强制措施的种类、羁押地点，犯罪的时间、地点、手段、后果以及其他可能影响定罪量刑的情节；

（三）是否移送证明指控犯罪事实的证据材料，包括采取技术侦查措施的批准决定和所收集的证据材料；

（四）是否查封、扣押、冻结被告人的违法所得或者其他涉案财物，并附证明相关财物依法应当追缴的证据材料；

（五）是否列明被害人的姓名、住址、联系方式；是否附有证人、鉴定人名单；是否申请法庭通知证人、鉴定人、有专门知识的人出庭，并列明有关人员的姓名、性别、年龄、职业、住址、联系方式；是否附有需要保护的证人、鉴定人、被害人名单；

（六）当事人已委托辩护人、诉讼代理人，或者已接受法律援助的，是否列明辩护人、诉讼代理人的姓名、住址、联系方式；

（七）是否提起附带民事诉讼；提起附带民事诉讼的，是否列明附带民事诉讼当事人的姓名、住址、联系方式，是否附有相关证据材料；

（八）侦查、审查起诉程序的各种法律文书和诉讼文书是否齐全；

（九）有无刑事诉讼法第十五条第二项至第六项规定的不追究刑事责任的情形。”

由上可见，法院在庭前审查时主要审查起诉书，以及管辖、强制措施状态、证据材料是否移送、相关诉讼参与人的个人信息等程序性事项。本案中，某县法院经过审查甲案的证据，认为证据确实充分，决定依法公开开庭审理错误，某县法院不应当进行实质审查。

2. [答案] 某县法院做法错误。

[考点] 公诉案件第一审程序——法庭调查

[解析] 本案中，首先，某县法院因工作疏忽，忘了在开庭十日前将起诉书副本送达丁的做法错误。《高法解释》第一百八十二条规定：“开庭审理前，人民法院应当进行下列工作：

（一）确定审判长及合议庭组成人员；

（二）开庭十日前将起诉书副本送达被告人、辩护人；

（三）通知当事人、法定代理人、辩护人、诉讼代理人在开庭五日前提供证人、鉴定人名单，以及拟当庭出示的证据；申请证人、鉴定人、有专门知识的人出庭的，应当列明有关人员的姓名、性别、年龄、职业、住址、联系方式；

（四）开庭三日前将开庭的时间、地点通知人民检察院；

（五）开庭三日前将传唤当事人的传票和通知辩护人、诉讼代理人、法定代理人、证人、鉴定人等出庭的通知书送达；通知有关人员出庭，也可以采取电话、短信、传真、电子邮件等能够确认对方收悉的方式；

（六）公开审理的案件，在开庭三日前公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

上述工作情况应当记录在案。”

根据上述条文“（二）”法院应当在开庭十日前将起诉书副本送达丁。

其次，丁因此拒绝出庭辩护的做法欠妥。根据《高检规则》第五十七条第一款的规定，辩护人、诉讼代理人认为公安机关、人民检察院、人民法院及其工作人员具有下列阻碍其依法行使诉讼权利的行为的，可以向同级或者上一级人民检察院申诉或者控告，控告检察部门应当接受并依法办理，相关办案部门应当予以配合。本案中，丁认为某县法院侵犯了其辩护权，可以向某县或某市检察院申诉或者控告，而不应该愤而拒绝出庭辩护。

最后，某县法院因为丁拒绝出庭辩护而为甲提供了法律援助律师戊时错误的。《高法解释》第一百八十八条第二款规定：“辩护人经通知未到庭，被告人同意的，人民法院可以开庭审理，但被告人属于应当提供法律援助情形的除外。”本案中，丁拒绝出庭辩护的，某县法院应当征求被告人甲的意见，如果甲同意丁不出庭，法庭可以开庭审理。

《高法解释》第四十二条规定：“对下列没有委托辩护人的被告人，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护：

（一）盲、聋、哑人；

（二）尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人；

（三）可能被判处无期徒刑、死刑的人。

高级人民法院复核死刑案件，被告人没有委托辩护人的，应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”

本案中，甲不属于上述条文中规定的应当法律援助的情形，某县法院不应当直接为甲提供法律援助律师戊。

3. [答案] 不正确。不可以拘传证人到庭。

[考点] 公诉案件第一审程序——法庭调查

[解析] 公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证。《刑事诉讼法》第一百八十八条规定：“经人民法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。

证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证的，予以训诫，情节严重的，经院长批准，处以十日以下的拘留。被处罚人对拘留决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。复议期间不停止执行。”

《高法解释》第二百零八条规定：“强制证人出庭的，应当由院长签发强制证人出庭令。”

本案中，已无正当理由不出庭，某县法院可以强制其到庭，但应当由院长签发强制证人出庭令，而非拘传已到庭。

4. [答案] 不正确。甲不认罪，应当先调查定罪有关的证据，再调查量刑有关的证据。

[考点] 公诉案件第一审程序——法庭调查

[解析] 法庭审理过程中，对与定罪、量刑有关的事实、证据都应当进行调查、辩论。《高法解释》

第二百二十七条规定：“对被告人认罪的案件，在确认被告人了解起诉书指控的犯罪事实和罪名，自愿认罪且知悉认罪的法律后果后，法庭调查可以主要围绕量刑和其他有争议的问题进行。”

对被告人不认罪或者辩护人作无罪辩护的案件，法庭调查应当在查明定罪事实的基础上，查明有关量刑事实。”

本案中，甲不认罪，某县法院应当在查明定罪事实的基础上，查明有关量刑事实。即应当先调查“甲不在犯罪现场的录音”等有关定罪的证据，再调查甲是否“具有自首情节”等有关量刑的证据。某县法院不应当将定罪证据与量刑证据合并调查。

5. [答案] 正确。

[考点] 公诉案件第一审程序——宣判

[解析] 《高法解释》第二百四十一条第一款第二项规定：“对第一审公诉案件，人民法院审理后，应当按照下列情形分别作出判决、裁定：……（二）起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与审理认定的罪名不一致的，应当按照审理认定的罪名作出有罪判决；”

《高法解释》第二百四十一条第二款规定：“具有前款第二项规定情形的，人民法院应当在判决前听取控辩双方的意见，保障被告人、辩护人充分行使辩护权。必要时，可以重新开庭，组织控辩双方围绕被告人的行为构成何罪进行辩论。”

本案中，某县检察院起诉甲构成故意伤害罪，某县法院经过审理，认为甲构成故意杀人罪，可以判处甲故意杀人罪。

6. [答案] 错误。某市中级人民法院可以先对反诉进行调解，调解不成告知另诉。

[考点] 第二审程序——二审附带民部分反诉

[解析] 《高法解释》第三百三十二条规定：“第二审期间，第一审附带民事诉讼原告人增加独立的诉讼请求或者第一审附带民事诉讼被告人提出反诉的，第二审人民法院可以根据自愿、合法的原则进行调解；调解不成的，告知当事人另行起诉。”

可见，某市中级人民法院可以先对甲提出的反诉进行调解，调解不成的，告知甲另行起诉。

7. [答案] 某县法院审理乙时不可直接适用对甲的生效裁判中确认的证据来认定乙的犯罪事实。

[考点] 公诉案件第一审程序——法庭调查

[解析] 《刑诉法》第一百九十条规定：“公诉人、辩护人应当向法庭出示物证，让当事人辨认，对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定意见、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。”《高法解释》第六十三条规定：“证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据，但法律和本解释另有规定的除外。”

本案中，审理甲案时审查的证据只能用来认定甲的犯罪事实，在审理乙案时，应当对认定乙构成犯罪的证据进行单独质证，相关证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据。因此，某县法院不可以用认定甲的证据直接来认定乙的犯罪事实。

案例 31:

甲、乙因共同抢劫被某市中级人民法院分别判处无期徒刑和 10 年有期徒刑，甲、乙服判，某市人民检察院认为对甲的量刑畸轻提出抗诉。

问题 1：某市人民检察院是否应当向某市中级人民法院提出抗诉？

问题 2：对于某市人民检察院的抗诉，某省高级人民法院是否应当制作二审决定书？

问题 3：若二审开庭审理，某省高级人民法院是否可以到某市中级人民法院所在地进行？

问题4：某省高级人民法院审理后，是否可以委托某市中级人民法院向当事人及某省人民检察院送达第二审裁判文书？为什么？

1. [答案] 不应当。

[考点] 二审抗诉。

[解析] 《刑事诉讼法》第217条规定：“地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。”

可见，某市人民检察院应当向某省高级人民法院提出抗诉。

2. [答案] 不应当。

[考点] 二审抗诉。

[解析] 在审判监督程序中，人民检察院抗诉的，人民法院无需制作再审决定书。二审中没有相关的规定和要求。

3. [答案] 可以。

[考点] 第二审程序的具体审理程序。

[解析] 《刑事诉讼法》第223条第3款规定：“第二审人民法院开庭审理上诉、抗诉案件，可以到案件发生地或者原审人民法院所在地进行。”

可见本例中，某市中级人民法院即为原审人民法院所在地，某省高级人民法院可以到某市中级人民法院所在地进行二审。

4. [答案] 不可以，某省高级人民法院只能直接向某省检察院送达第二审裁判文书。

[考点] 第二审程序的具体审理程序。

[解析] 《高法解释》第335条规定：“第二审人民法院可以委托第一审人民法院代为宣判，并向当事人送达第二审判决书、裁定书。第一审人民法院应当在代为宣判后五日内将宣判笔录送交第二审人民法院，并在送达完毕后及时将送达回证送交第二审人民法院。”

委托宣判的，第二审人民法院应当直接向同级人民检察院送达第二审判决书、裁定书。”某省高级人民法院只能直接向某省检察院送达第二审裁判文书。

可见，第二审人民法院可以委托第一审人民法院：（1）代为宣判；（2）代为送达。但是，代为送达只能委托第一审人民法院代为向当事人送达，对与第二审人民法院同级的人民检察院，只能由第二审人民法院亲自送达。

案例 32

甲、乙因抢停车位争吵起来，随即甲拿出刀捅伤乙，甲因故意伤害罪被某县人民法院一审判处10年有期徒刑，甲不服上诉，某市中级人民法院依法进行二审。

问题1：若某市中级人民法院经过审查认为某县人民法院对本案的事实认定不清、证据不足的，可以不开庭审理而直接发回某县人民法院重审。请评价这句话是否正确，为什么？

问题2：某市中级人民法院在二审过程中发现甲的犯罪事实清楚，证据确实、充分，只是甲的行为应当被定性为故意杀人罪，某市中级人民法院是否有权改判甲故意杀人罪，同时判处其有期徒刑10年？

1. [答案] 正确。

[考点] 第二审程序的具体审理程序。

[解析] 《高法解释》第318条规定：“对上诉、抗诉案件，第二审人民法院经审查，认为原判事实不清、证据不足，或者具有刑事诉讼法第二百二十七条规定的违反法定诉讼程序情形，需要发回

重新审判的，可以不开庭审理。”

可见，二审人民法院经过审查认为原判事实不清、证据不足需要发回重新审判的，可以不开庭审理而径行发回。

2. [答案] 某市中级人民法院有权改判甲故意杀人罪，同时判处其有期徒刑 10 年。

[考点] 第二审程序的具体审理程序。

[解析] 《高法解释》第 325 条第 1 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。”

根据上述“（二）”的规定，二审法院可以在不加重量刑的情况下改变罪名，因此某市中级人民法院有权改判甲故意杀人罪，同时判处其有期徒刑 10 年。

❏ 案例 33

甲杀人案，犯罪手段残忍，影响恶劣，第一审人民法院为防止被害人家属和旁听群众在法庭上过于激愤影响顺利审判，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。本案中一审法院以“防止被害人家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。

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。判处丙一年有期徒刑。乙的父亲认为对乙量刑过重，对刑事部分提出了上诉。甲和丙服判。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。某省高级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，便向某省高级法院撤回抗诉，某省高级法院裁定准许。经过审判，某省高级法院发现判处丙一年过轻，遂改判丙二年有期徒刑。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丙一年过轻，遂改判丙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] 某省高级法院改判丙二年有期徒刑错误。

[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，丙没有提出上诉，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，没有对丙抗诉，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丙的刑罚。

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的案件，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, 杨某一审判判处死刑立即执行, 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上诉，高级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。此外，第一审刑事部分的判决在上诉期满后即发生法律效力。本案中，由于杨某和董某被判处死刑，第一审刑事部分的判决在上诉期满后不会立即生效，需要由高级人民法院按照死刑复核程序审理。

4. [答案] 下级法院应当暂停执行死刑，并立即将请求停止执行死刑的报告和相关材料层报最高人民法院。

[考点] 死刑立即执行的变更。

[解析] 《高法解释》第 418 条规定：“第一审人民法院在接到执行死刑命令后、执行前，发现有下列情形之一的，应当暂停执行，并立即将请求停止执行死刑的报告和相关材料层报最高人民法院：

- （一）罪犯可能有其他犯罪的；
- （二）共同犯罪的其他犯罪嫌疑人到案，可能影响罪犯量刑的；
- （三）共同犯罪的其他罪犯被暂停或者停止执行死刑，可能影响罪犯量刑的；
- （四）罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；
- （五）罪犯怀孕的；
- （六）判决、裁定可能有影响定罪量刑的其他错误的。

最高人民法院经审查，认为可能影响罪犯定罪量刑的，应当裁定停止执行死刑；认为不影响的，应当决定继续执行死刑。”

本案中，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，属于上述条文“（一）”的情形，下级法院应当暂停执行死刑，并立即将请求停止执行死刑的报告和材料层报最高人民法院。最高人民法院经审查，认为可能影响罪犯定罪量刑的，应当裁定停止执行死刑；认为不影响的，应当决定继续执行死刑。

案例 40

甲乙故意杀害丙，某市中级人民法院经过审理判处甲死刑立即执行，乙死刑缓期二年执行。甲服判，乙上诉。某省高级人民法院由审判员一人独任进行了审理。经过审理，某省高级人民法院维持了甲乙的一审裁判。甲被报最高人民法院进行死刑复核，最高人民法院开庭审理了本案。

问题 1：某省高级人民法院可否核准甲和乙的死刑裁判？为什么？

问题 2：某省高级人民法院由审判员一人独任审理是否正确？为什么？

问题 3：某省高级人民法院维持了甲乙一审裁判后应当如何处理？

问题 4：甲被报最高人民法院进行死刑复核，乙是否应当被立即交付执行？为什么？

问题 5：最高人民法院复核甲时开庭审理是否正确？为什么？

1. [答案] 某省高级人民法院可以核准乙的死缓裁判，但不能核准甲的死刑立即执行裁判。

[考点] 死刑案件的核准

[解析] 《刑法》第二百三十五条规定：“死刑由最高人民法院核准。”

《高法解释》第三百四十四条规定：“报请最高人民法院核准死刑案件，应当按照下列情形分别处理：

（一）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人未上诉、人民检察院未抗诉的，在上诉、抗诉期满后十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，应当在作出裁定后十日内报请最高人民法院核准；不同意的，应当依照第二审程序提审或者发回重新审判；

（二）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人上诉或者人民检察院抗诉，高级人民法院裁定维持的，应当在作出裁定后十日内报请最高人民法院核准；

（三）高级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人未上诉、人民检察院未抗诉的，应当在上诉、抗诉期满后十日内报请最高人民法院核准。

高级人民法院复核死刑案件，应当讯问被告人。”

可见，高级人民法院可以核准死刑缓期执行，但不能核准死刑立即执行。本案中，高级人民法院同意甲的死刑立即执行裁判的，还要报最高人民法院核准。

2. [答案] 某省高级人民法院由审判员一人独任进行复核错误。

[考点] 死刑复核程序审判组织

[解析] 《刑法》第二百三十八条规定：“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。”因此，高级法院复核死刑时，应当由审判员三人组成合议庭。本案中某省高级法院由审判员一人独任进行复核是错误的。

3. [答案] 某省高级法院应当对乙核准死缓裁判，对甲报请最高人民法院核准。

[考点] 死刑缓期执行复核程序

[解析] 《刑法》第二百三十七条规定：“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》第三百四十九条第一款第一项规定：“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；”

《高法解释》第三百四十四条第一款第二项规定：“报请最高人民法院核准死刑案件，应当按照下列情形分别处理：……（二）中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人上诉或者人民检察院抗诉，高级人民法院裁定维持的，应当在作出裁定后十日内报请最高人民法院核准；”

本案中，由于乙上诉，某省高级法院适用二审程序进行审理。乙被判处死刑缓期执行，某省高级法院同时也是死刑缓期执行的核准法院。因此，某省高级法院二审维持乙的一审死缓裁判，同时应当核准乙死缓的裁判。对于甲，应当报请最高人民法院进行核准。

4. [答案] 不当，乙应当在最高人民法院复核讯问甲后交付执行。

[考点] 死刑复核程序中共同犯罪的复核程序

[解析] 《高法解释》第四百三十条规定：“同案审理的案件中，部分被告人被判处死刑，对未被判处死刑的同案被告人需要羁押执行刑罚的，应当在其判决、裁定生效后十日内交付执行。但是，该同案被告人参与实施有关死刑之罪的，应当在最高人民法院复核讯问被判处死刑的被告人后交付执行。”

本案中，甲被判处罪行立即执行报最高人民法院进行死刑复核，乙被判处死缓已经高级法院核准，此时乙的裁判部分已经生效，应当交付监狱执行。但甲乙共同杀害丙，乙参与了杀人行为，此时应当在最高人民法院复核讯问甲之后再交付执行。

5. [答案] 不正确。

[考点] 死刑复核程序的审理方式

[解析] 《刑诉法》第二百三十八条规定：“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。”

《刑诉法》第二百四十条第二款规定：“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。”

《高法解释》第三百五十六条规定：“死刑复核期间，辩护律师要求当面反映意见的，最高人民法院有关合议庭应当在办公场所听取其意见，并制作笔录；辩护律师提出书面意见的，应当附卷。”

《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》第四十一条规定：“复核死刑案件，合议庭成员应当阅卷，并提出书面意见存查。对证据有疑问的，应当对证据进行调查核实，必要时到案发现场调查。”

从上述条文可以看出，死刑复核程序由审判员三人组成合议庭，并应当将死刑复核结果通报最高人民检察院。这意味着，最高人民检察院是没有出庭参加审理的，最高人民法院不是开庭审理的死刑复核案件。同时，死刑复核期间，最高人民法院应当讯问被告人，辩护律师提出要求的，应当在办公场所听取其意见。这意味着最高人民法院应当会见并讯问被告人，必要时还需要到案发现场调查。总之，我国的死刑复核程序既不是开庭审理，也不是纯粹的书面审理，而是一种调查讯问式审理方式。

案例 41:

甲因盗窃罪被某省某市 A 县人民法院判处 3 年有期徒刑，甲没有上诉，人民检察院也没有抗诉，判决生效。随后，某市中级人民法院在检查工作中发现甲案确有错误，指令 B 县人民法院启动再审。B 县人民法院再审后，改判甲无罪。B 县人民检察院认为 B 县人民法院的判决确有错误提出抗诉。请回答下列问题：

问题 1：某市中级人民法院在检查工作中发现甲案确有错误，指令 B 县人民法院启动再审的做法是否正确？为什么？

问题2:若某市中级人民法院在检查工作中发现甲案确有错误决定提审的,应当依照第二审程序进行审理是否正确?为什么?

问题3:若某市中级人民法院发现甲案确有错误并决定提审,某县人民检察院和某市人民检察院都应当派员出席法庭。这句话是否正确?为什么?

问题4:B县人民检察院认为B县人民法院的判决确有错误提出抗诉,B县人民检察院应当向某市中级人民法院提出抗诉是否正确?为什么?

1. [答案] 正确。

[考点] 审判监督程序的具体审理程序。

[解析] 《刑事诉讼法》第244条规定:“上级人民法院指令下级人民法院再审的,应当指令原审人民法院以外的下级人民法院审理;由原审人民法院审理更为适宜的,也可以指令原审人民法院审理。”

可见,原审人民法院是把案件判错的法院,一般不适宜由它启动再审,所以上级人民法院原则上应当指令原审人民法院以外的下级人民法院审理。本例中,某市中级人民法院指令B县人民法院启动再审的做法正确。

2. [答案] 正确。

[考点] 审判监督程序的具体审理程序。

[解析] 《刑事诉讼法》第245条规定:“人民法院按照审判监督程序重新审判的案件,由原审人民法院审理的,应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件,应当依照第一审程序进行审判,所作的判决、裁定,可以上诉、抗诉;如果原来是第二审案件,或者是上级人民法院提审的案件,应当依照第二审程序进行审判,所作的判决、裁定,是终审的判决、裁定。”

人民法院开庭审理的再审案件,同级人民检察院应当派员出席法庭。”

可见,上级人民法院提审的案件,应当依照第二审程序进行审判,所作的判决、裁定,是终审的判决、裁定,本例中,某市中级人民法院提审甲案,应当按照第二审程序进行。

3. [答案] 不正确。

[考点] 审判监督程序的具体审理程序。

[解析] 《刑事诉讼法》第245条第2款规定:“人民法院开庭审理的再审案件,同级人民检察院应当派员出席法庭。”

可见,是“同级”人民检察院应当派员出席法庭。本例中,某市中级人民法院提审甲案,某县人民检察院的检察官没有资格出庭,所以这句话错误。

4. [答案] 正确。

[考点] 审判监督程序的具体审理程序。

[解析] 《刑事诉讼法》第217条规定:“地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候,应当向上一级人民法院提出抗诉。”

本例中,某市中级人民法院在检查工作中发现甲案确有错误,指令B县人民法院启动再审。B县人民法院的再审应当按照第一审程序进行,所作出的裁判,甲若不服可以上诉,B县人民检察院若不服可以抗诉。需要注意的是,此时B县人民法院的裁判属于第一审裁判,没有立即生效,B县人民检察院的抗诉属于二审抗诉,应当向上一级人民法院即某市中级人民法院抗诉,因此这句话表述正确。

案例 42

甲因盗窃罪被某县人民法院一审判处5年有期徒刑,甲不服上诉,某市中级人民法院裁定维持原判。

问题 1：甲聘请了律师乙，是否可以由乙代为提出申诉？

问题 2：甲直接向某省高级人民法院申诉，某省高级人民法院应当告知甲向某市中级人民法院申诉。这句话是否正确？为什么？

1. [答案] 可以。

[考点] 申诉。

[解析]《高法解释》第 371 条规定：“当事人及其法定代理人、近亲属对已经发生法律效力判决、裁定提出申诉的，人民法院应当审查处理。”

案外人认为已经发生法律效力判决、裁定侵害其合法权益，提出申诉的，人民法院应当审查处理。申诉可以委托律师代为进行。”

可见，申诉可以由甲聘请的律师乙代为。

2. [答案] 不正确。

[考点] 申诉。

[解析]《高法解释》第 373 条规定：“申诉由终审人民法院审查处理。但是，第二审人民法院裁定准许撤回上诉的案件，申诉人对第一审判决提出申诉的，可以由第一审人民法院审查处理。”

上一级人民法院对未经终审人民法院审查处理的申诉，可以告知申诉人向终审人民法院提出申诉，或者直接交终审人民法院审查处理，并告知申诉人；案件疑难、复杂、重大的，也可以直接审查处理。

对未经终审人民法院及其上一级人民法院审查处理，直接向上级人民法院申诉的，上级人民法院可以告知申诉人向下级人民法院提出。”

本案中，中级人民法院是“终审”人民法院，高级人民法院是“上一级”人民法院，最高人民法院是“上级”人民法院。甲直接向某省高级人民法院申诉，某省高级人民法院可以有三种处理方式：

（1）可以告知甲向某市中级人民法院申诉；（2）直接交某市中级人民法院审查处理，并告知甲；（3）案件疑难、复杂、重大的，也可以直接审查处理。因此，“应当”告知甲向某市中级人民法院申诉的做法是错误的。

案例 43

甲、乙因共同抢劫被某县人民法院分别判处有期徒刑 10 年和 5 年，被告人没有上诉，人民检察院没有抗诉。判决生效后，某市人民检察院向某市中级人民法院抗诉，认为对甲的量刑畸轻，某市中级人民法院制作再审决定书，并指令某县人民法院启动再审。

问题 1：某市中级人民法院制作再审决定书的做法是否正确？

问题 2：某市中级人民法院指令某县法院再审，乙是否应当参加法庭调查？

1. [答案] 不正确。

[考点] 审判监督程序的具体审理程序。

[解析]《高法解释》第 382 条规定：“对决定依照审判监督程序重新审判的案件，除人民检察院抗诉的以外，人民法院应当制作再审决定书。再审期间不停止原判决、裁定的执行，但被告人可能经再审改判无罪，或者可能经再审减轻原判刑罚而致刑期届满的，可以决定中止原判决、裁定的执行，必要时，可以对被告人采取取保候审、监视居住措施。”可见，某市中级人民法院的做法是错误的，对于某市人民检察院抗诉的，某市中级人民法院无需制作再审决定书。

2. [答案] 乙不是应当参加法庭调查。

[考点] 审判监督程序的具体审理程序。

[解析]《高法解释》第 385 条规定：“开庭审理的再审案件，再审决定书或者抗诉书只针对部

分原审被告，其他同案原审被告人不出庭不影响审理的，可以不出庭参加诉讼。”

本例中，判决生效后，某市人民检察院向某市中级人民法院抗诉，认为对甲的量刑畸轻，可见，某市人民检察院的抗诉没有针对乙，乙如果不出庭不影响审理的，可以不出庭参加诉讼。

案例 44

张三因盗窃被某县法院一审判处有期徒刑三年，检察院认为对张三量刑畸轻向某市中级人民法院提起抗诉，某市中级人民法院经过审理维持了原判。张三在服刑期间经过狱友点播，向某市中级人民法院提出申诉。

问题 1：张三申诉是否意味着启动再审？

问题 2：如果某市中级人民法院决定启动再审，是否应当中止对张三裁判的执行？为什么？

问题 3：如果某市中级人民法院决定启动再审并改判张三无罪。张三应当如何申请国家赔偿？

问题 4：请简述二审抗诉与再审抗诉的区别。

1. [答案] 张三申诉并不意味着启动再审

[考点] 申诉

[解析] 《刑法》第二百四十一条规定：“当事人及其法定代理人、近亲属，对已经发生法律效力判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉，但是不能停止判决、裁定的执行。”《刑法》第二百四十二条规定：“当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：

（一）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误，可能影响定罪量刑的；

（二）据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当予以排除，或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；

（三）原判决、裁定适用法律确有错误的；

（四）违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的；

（五）审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。”

可见，申诉只是可能引起再审的一种方式，申诉不能停止生效裁判的执行，而且必须符合一定的法定理由时，法院才会启动再审程序。

2. [答案] 某市中级人民法院决定启动再审，不一定中止对张三裁判的执行。

[考点] 再审启动后对生效裁判的中止执行

[解析] 《高法解释》第三百八十二条规定：“对决定依照审判监督程序重新审判的案件，除人民检察院抗诉的以外，人民法院应当制作再审决定书。再审期间不停止原判决、裁定的执行，但被告人可能经再审改判无罪，或者可能经再审减轻原判刑罚而致刑期届满的，可以决定中止原判决、裁定的执行，必要时，可以对被告人采取取保候审、监视居住措施。”

可见，某市中级人民法院启动了再审，一般也不能停止对原裁判的执行，除非张三可能经再审改判无罪，或者可能经再审减轻原判刑罚而致刑期届满。

3. [答案] 张三有权向某市中级人民法院提出国家赔偿请求。

[考点] 申请国家赔偿

[解析] 《高法解释》第三百九十一条规定：“对再审改判宣告无罪并依法享有申请国家赔偿权利的当事人，人民法院宣判时，应当告知其在判决发生法律效力后可以依法申请国家赔偿。”

《国家赔偿法》第二十一条第四款规定：“再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关。二审改判无罪，以及二审发回重审后作无罪处理的，作出一审有罪判决的人民法院为赔偿义务机关。”

《国家赔偿法》第二十二条第二款规定：“赔偿请求人要求赔偿，应当先向赔偿义务机关提出。”

《国家赔偿法》第三十九条第一款规定：“赔偿请求人请求国家赔偿的时效为两年，自其知道或者应当知道国家机关及其工作人员行使职权时的行为侵犯其人身权、财产权之日起计算，但被羁押等限制人身自由期间不计算在内。在申请行政复议或者提起行政诉讼时一并提出赔偿请求的，适用行政复议法、行政诉讼法有关时效的规定。”

本案中，某市中级人民法院再审宣判时，应当告知张三在判决发生法律效力后可以依法申请国家赔偿。张三有权自知道或者应当知道自身权利被侵犯之日起两年内请求国家赔偿，但张三被羁押的期间不计算在内。张三请求赔偿的，某市中级人民法院是赔偿义务机关，应当向某市中级人民法院提出赔偿请求。

4. [答案] 主要区别包括：（1）抗诉的对象不同；（2）抗诉的权限不同；（3）接受抗诉的审判机关不同；（4）抗诉期限不同；（5）抗诉的效力不同。

[考点] 二审抗诉与再审抗诉的区别

[解析] 二审抗诉与再审抗诉的主要区别包括：

（1）抗诉的对象不同

二审抗诉的对象是地方各级人民法院尚未发生法律效力的一审判决、裁定；而再审抗诉的对象是已经发生法律效力判决和裁定。

（2）抗诉的权限不同

除最高人民检察院外，任何一级人民检察院都有权对同级人民法院的一审判决、裁定提出二审抗诉。而除最高人民检察院有权对同级的最高人民法院发生效力的判决、裁定提出再审抗诉外，其他各级人民检察院只能对其下级人民法院发生法律效力判决、裁定提出再审抗诉。可见，基层人民检察院只能提出二审抗诉，无权提出再审抗诉；而最高人民检察院只能提出再审抗诉，无权提出二审抗诉。

（3）接受抗诉的审判机关不同

接受二审抗诉的是提出抗诉的人民检察院的上一级人民法院；而接受再审抗诉的是提出抗诉的人民检察院的同级人民法院。

（4）抗诉期限不同

二审抗诉必须在法定期限内提出，而法律对再审抗诉的提出没有规定期限。

（5）抗诉的效力不同

二审抗诉将阻止第一审判决、裁定发生法律效力；再审抗诉并不导致原审判决、裁定在人民法院按照审判监督程序重新审判期间执行的停止。

■ 案例 45

被告人李某于2014年7月的一天晚上，和几个朋友聚会，饭后又一起卡拉OK，期间餐厅经理派服务员胡某陪侍。次日凌晨两点结束后，李某送胡某回家的路上，在一废弃的工棚内强行与胡某发生了性关系。案发后李某坚称是通奸而不是强奸。此案由S市Y区检察院起诉。Y区法院经不公开审理，以事实不清证据不足为由作出无罪判决。检察机关提起抗诉，S市中级人民法院改判被告人构成强奸罪并判处有期徒刑三年。二审法院定期宣判，并向抗诉的检察机关送达了判决书，没有向被告人李某送达判决书，但在中国裁判文书网上发布了判决书。

问题：1. 本案二审判决是否生效？为什么？我国刑事裁判一审生效与二审生效有无区别？为什么？

2. 此案生效后当事人向检察院申诉，程序要求是什么？

3. 省检察院按审判监督程序向省高级人民法院提起抗诉，对于原判决、裁定事实不清或者证据不足的再审案件，省高级人民法院应当如何处理？

4. 如果省高级法院认为 S 市中级法院生效判决确有错误, 应当如何纠正?

5. 此案在由省检察院向省高级法院抗诉中, 请求改判被告人无罪, 被告人及其辩护人也辩称无罪, 省高级法院根据控辩双方一致意见, 是否应当做出无罪判决? 为什么?

1. [答案] 未生效。一审裁判的生效时间为经过上诉、抗诉期限, 二审裁判宣告后发生法律效力。

[考点] 裁判的生效时间

[解析] 第一个问题, 根据《最高人民法院关于刑事案件终审判决和裁定何时发生法律效力问题的批复》, 终审的判决和裁定自宣告之日起发生法律效力。可见, 二审判决应当在宣告以后才生效, 本案二审判决始终未向被告人李某宣告, 也未向李某送达判决书, 裁判文书网上发布判决书也不能等同于向李某宣告判决, 李某始终不知道判决的内容, 因此本案二审程序未完成宣告, 判决未生效。

第二个问题, 一审裁判的生效时间为裁判送达后次日开始计算上诉、抗诉期限, 经过上诉、抗诉期限未上诉、抗诉的一审裁判才生效。由于我国实行二审终审制, 普通案件二审裁判为终审裁判, 但需要送达后始生效, 即二审当庭宣判或定期宣判送达裁判文书后发生法律效力。

2. [答案] 当事人及其法定代理人、近亲属应当依据《高检规则》第五百九十三条至第五百九十五条的规定进行申诉。

[考点] 申诉程序

[解析] 《高检规则》第五百九十三条规定: “当事人及其法定代理人、近亲属认为人民法院已经发生法律效力的刑事判决、裁定确有错误, 向人民检察院申诉的, 由作出生效判决、裁定的人民法院的同级人民检察院刑事申诉检察部门依法办理。

当事人及其法定代理人、近亲属直接向上级人民检察院申诉的, 上级人民检察院可以交由作出生效判决、裁定的人民法院的同级人民检察院受理; 案情重大、疑难、复杂的, 上级人民检察院可以直接受理。

当事人及其法定代理人、近亲属对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定提出申诉, 经人民检察院复查决定不予抗诉后继续提出申诉的, 上一级人民检察院应当受理。

不服人民法院死刑终审判决、裁定尚未执行的申诉, 由监所检察部门办理。”

《高检规则》第五百九十四条规定: “对不服人民法院已经发生法律效力的刑事判决、裁定的申诉, 经两级人民检察院办理且省级人民检察院已经复查的, 如果没有新的事实和理由, 人民检察院不再立案复查, 但原审被告人可能被宣告无罪或者判决、裁定有其他重大错误可能的除外。”

《高检规则》第五百九十五条规定: “人民检察院刑事申诉检察部门对已经发生法律效力的刑事判决、裁定的申诉复查后, 认为需要提出抗诉的, 报请检察长或者检察委员会讨论决定。

地方各级人民检察院刑事申诉检察部门对不服同级人民法院已经发生法律效力的刑事判决、裁定的申诉复查后, 认为需要提出抗诉的, 报请检察长或者检察委员会讨论决定。认为需要提出抗诉的, 应当提请上一级人民检察院抗诉。

上级人民检察院刑事申诉检察部门对下一级人民检察院提请抗诉的申诉案件审查后, 认为需要提出抗诉的, 报请检察长或者检察委员会决定。

人民法院开庭审理时, 由同级人民检察院刑事申诉检察部门派员出席法庭。”

根据上诉条文, 本案生效后当事人向检察院申诉的程序主要为: (1) 当事人及其法定代理人、近亲属首先应当向 S 市检察院提出, 案情重大、复杂、疑难的, 省检察院也可以直接受理。(2) 当事人一方对 S 市检决定不予抗诉而继续向省检察院申诉的, 省检察院应当受理, 经省市两级检察院办理后, 没有新的事实和证据不再立案复查。(3) S 市检认为判决裁定确有错误需要抗诉的, 应当提请省检抗诉。(4) 省检认为判决裁定确有错误可以直接向省高院抗诉。

3. [答案] 省高级法院可有如下处理方式: 依法改判、判决无罪或者发回重审。

〔考点〕审判监督程序审理程序

〔解析〕《最高人民法院关于审理人民检察院按照审判监督程序提出的刑事抗诉案件若干问题的规定》第四条规定：“对于原判决、裁定事实不清或者证据不足的案件，接受抗诉的人民法院进行重新审理后，应当按照下列情形分别处理：

（一）经审理能够查清事实的，应当在查清事实后依法裁判；

（二）经审理仍无法查清事实，证据不足，不能认定原审被告人有罪的，应当判决宣告原审被告人无罪；

（三）经审理发现新证据且超过刑事诉讼法规定的指令再审期限的，可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。”

根据上诉条文，本案中省高级法院可有如下处理方式：（1）经审理能够查清事实的，应当在查清事实后依法裁判；（2）经审理仍无法查清事实，证据不足的，不能认定原审被告人无罪的，应当判决宣告原审被告人无罪；（3）经审理发现新证据且超过刑法规定的指令再审期限的，可以裁定撤销原判，发回原审法院重新审判。

4.〔答案〕省高级法院既可以提审也可以指令下级法院再审。

〔考点〕审判监督程序审理程序

〔解析〕《高法解释》第三百七十九条规定：“上级人民法院发现下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定确有错误的，可以指令下级人民法院再审；原判决、裁定认定事实正确但适用法律错误，或者案件疑难、复杂、重大，或者有不宜由原审人民法院审理情形的，也可以提审。

上级人民法院指令下级人民法院再审的，一般应当指令原审人民法院以外的下级人民法院审理；由原审人民法院审理更有利于查明案件事实、纠正裁判错误的，可以指令原审人民法院审理。”

《高法解释》第三百八十四条规定：“原审人民法院审理依照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭。

原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定可以上诉、抗诉；原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定是终审的判决、裁定。

对原审被告人、原审自诉人已经死亡或者丧失行为能力的再审案件，可以不开庭审理。”

根据上述法律条文，本案中省高级法院既可以提审也可以指令下级法院再审。（1）提审由省高级法院组成合议庭，所作出判决裁定为终审判决裁定；提审的案件应当是原判决裁定认定事实正确但适用法律错误，或者案件疑难、复杂、重大，或者不宜由原审法院审理的情形。（2）省法院指令再审一般应当指令S市中院以外的中级法院再审，依照第二审程序进行；如果更有利于查明案件事实、纠正裁判错误，也可以指令S市中院再审，S市中院应当另行组成合议庭，依照二审程序进行。

5.〔答案〕法院可以根据具体情况，既可以作有罪判决也可以作无罪判决。

〔考点〕审判监督程序审理程序

〔解析〕本案中，法院可以根据具体情况，既可以作有罪判决也可以作无罪判决。（1）本案系审判监督程序的案件，法庭审理的对象是生效的法院判决裁定是否有错误，判决有罪无罪的依据是案件事实、证据及适用的法律是否确有错误。（2）检察机关的抗诉是引起再审程序的缘由，其请求改判无罪已经不是控诉的含义，也不是控方，不存在控辩双方意见一致的情形。

案例 46

王某因诈骗罪和故意伤害罪被被追诉，某县法院经过审理，以诈骗罪判处王某五年有期徒刑，并

处罚金 2 万元。以故意伤害罪判处王某十年有期徒刑，没收财产 10 万元。数罪并罚，决定对王某执行有期徒刑 13 年，并处罚金 2 万元，没收财产 10 万元。王某不服，上诉至某市中级人民法院，某市中级人民法院经过审理后维持原判。

问题 1：某县法院对扣押的王某诈骗时使用的本人汽车应当如何处理？

问题 2：若王某的一笔存款被某县公安机关侦查时冻结，某县法院应当在何时续行冻结？

问题 3：在问题 2 中，某县法院续行冻结的顺位是否应当排在其他冻结王某存款的司法机关之后？

问题 4：王某将诈骗所得的一部手机以市场价格转卖给了不知情的第三人，某县法院在执行程序中能否追缴该手机？

问题 5：因对王某判处没收财产，某县法院执行时只执行了没收财产，对罚金刑不在执行。某县法院的做法是否正确？为什么？

1. [答案] 某县法院为第一审法院，由某县法院执行。

[考点] 刑事裁判涉财产部分执行。

[解析] 《刑法》第二百三十四条第一款规定：“公安机关、人民检察院和人民法院对查封、扣押、冻结的犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查，并制作清单，随案移送。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。对被害人的合法财产，应当及时返还。对违禁品或者不宜长期保存的物品，应当依照国家有关规定处理。”

《高法解释》第三百六十四条规定：“法庭审理过程中，对查封、扣押、冻结的财物及其孳息，应当调查其权属情况，是否属于违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物。”

案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当审查并依法处理。

经审查，不能确认查封、扣押、冻结的财物及其孳息属于违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的，不得没收。”

《高法解释》第三百六十六条第一款规定：“查封、扣押、冻结的财物及其孳息，经审查，确属违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的，应当判决返还被害人，或者没收上缴国库，但法律另有规定的除外。”

最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第 2 条规定：“刑事裁判涉财产部分，由第一审人民法院执行。第一审人民法院可以委托财产所在地的同级人民法院执行。”

本案中，某县法院应当妥善保管该汽车，以供核查，并制作清单。某县法院应当调查该汽车的权属情况，确定该汽车是否属于违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物。如果有案外人对该汽车提出权属异议的，某县法院应当审查并依法处理。经审查，确认该汽车确属于应当追缴的涉案财物的，应当判决没收上缴国库。并由某县法院负责执行。

2. [答案] 某县法院应当在冻结期限届满前续行冻结。

[考点] 刑事裁判涉财产部分执行。

[解析] 最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第 5 条第 1 款规定：“刑事审判或者执行中，对于侦查机关已经采取的查封、扣押、冻结，人民法院应当在期限届满前及时续行查封、扣押、冻结。人民法院续行查封、扣押、冻结的顺位与侦查机关查封、扣押、冻结的顺位相同。”可见，某县法院应当在冻结期限届满前续行冻结。

3. [答案] 不应当。

[考点] 刑事裁判涉财产部分执行。

[解析] 根据上述最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第 5 条第 1 款的规定，某县法院续行查封、扣押、冻结的顺位与某县公安机关查封、扣押、冻结的顺位相同，不应排在其他

冻结王某存款的司法机关之后。

4. [答案] 不能追缴。

[考点] 刑事裁判涉财产部分执行。

[解析] 最高人民法院《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第11条规定：“被执行人将刑事裁判认定为赃款赃物的涉案财物用于清偿债务、转让或者设置其他权利负担，具有下列情形之一的，人民法院应予追缴：

- (一) 第三人明知是涉案财物而接受的；
- (二) 第三人无偿或者以明显低于市场的价格取得涉案财物的；
- (三) 第三人通过非法债务清偿或者违法犯罪活动取得涉案财物的；
- (四) 第三人通过其他恶意方式取得涉案财物的。

第三人善意取得涉案财物的，执行程序中不予追缴。作为原所有人的被害人对该涉案财物主张权利的，人民法院应当告知其通过诉讼程序处理。”

可见，本案中第三人是以市场价格购买了手机且对手机的来源不知情，属于善意第三人，执行程序中不予追缴。

5. [答案] 不正确。

[考点] 罚金与没收财产的执行

[解析] 《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第三条规定：“依法对犯罪分子所犯数罪分别判处罚金的，应当实行并罚，将所判处的罚金数额相加，执行总和数额。

一人犯数罪依法同时并处罚金和没收财产的，应当合并执行；但并处没收全部财产的，只执行没收财产刑。”

本案中，某县法院对王某判处没收财产10万元，并非没收其全部财产，因此不能只执行没收财产而不执行罚金刑。某县法院应当对罚金2万元和没收财产10万元合并执行。

❏ 案例 47

甲因盗窃被某县公安机关立案侦查，并被采取取保候审措施。随后，甲被某县检察院起诉至某县法院，某县法院经过审理，判处甲有期徒刑一年，甲服判，裁判在过了上诉、抗诉期后生效。

问题：对甲应当如何交付执行？

[答案] 某县法院应当先将甲送交看守所羁押，再由公安机关将甲交付执行。

[考点] 有期徒刑交付执行

[解析] 《刑法》第二百五十三条第一款规定：“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。”《高法解释》第四百二十九条规定：“被判处死刑缓期执行、无期徒刑、有期徒刑、拘役的罪犯，交付执行时在押的，第一审人民法院应当在判决、裁定生效后十日内，将判决书、裁定书、起诉书副本、自诉状复印件、执行通知书、结案登记表送达看守所，由公安机关将罪犯交付执行。

罪犯需要收押执行刑罚，而判决、裁定生效前未被羁押的，人民法院应当根据生效的判决书、裁定书将罪犯送交看守所羁押，并依照前款的规定办理执行手续。”

本案中，甲在裁判生效前被采取取保候审措施，未被羁押，某县法院应当根据生效的判决书将甲送交看守所羁押。然后某县法院应当在判决生效后十日内，将判决书、起诉书副本、执行通知书、结案登记表送达看守所，由公安机关将甲交付执行。

案例 48:

黄某（17 周岁，某汽车修理店职工）与吴某（16 周岁，高中学生）在餐馆就餐时因琐事与赵某（16 周岁，高中学生）发生争吵，并殴打赵某致其轻伤。人民检察院审查后，综合案件情况，拟对黄某作出附条件不起诉决定，对吴某作出不起诉决定。请回答下列问题：

问题 1：人民检察院是否应当对黄某、吴某的成长经历、犯罪原因和监护教育等情况进行调查？

问题 2：人民检察院在讯问黄某、吴某和询问赵某时，是否应当分别通知他们的法定代理人到场？

问题 3：关于对黄某的考验期，是否从宣告附条件不起诉决定之日起计算？

问题 4：关于对黄某的考验期，是否可根据黄某在考验期间的表现，在法定范围内适当缩短或延长？

问题 5：人民检察院对黄某作出附条件不起诉决定、对吴某作出不起诉决定时，可否要求他们向赵某赔礼道歉、赔偿损失？

问题 6：在附条件不起诉考验期内，人民检察院是否可将黄某移交社区矫正机构监督考察？

1. [答案] 可以调查，而非应当。

[考点] 综合考查未成年人刑事诉讼程序。

[解析] 《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第 9 条第 1 款规定：“人民检察院根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查，并制作社会调查报告，作为办案和教育的参考。”

可见，应当是“可以”而非“应当”制作社会调查报告。

2. [答案] 应当。

[考点] 综合考查未成年人刑事诉讼程序。

[解析] 《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第 17 条规定：“人民检察院办理未成年犯罪嫌疑人审查逮捕案件，应当讯问未成年犯罪嫌疑人，听取辩护律师的意见，并制作笔录附卷。

讯问未成年犯罪嫌疑人，应当根据该未成年人的特点和案件情况，制定详细的讯问提纲，采取适宜该未成年人的方式进行，讯问用语应当准确易懂。

讯问未成年犯罪嫌疑人，应当告知其依法享有的诉讼权利，告知其如实供述案件事实的法律规定和意义，核实其是否有自首、立功、坦白等情节，听取其有罪的供述或者无罪、罪轻的辩解。

讯问未成年犯罪嫌疑人，应当通知其法定代理人到场，告知法定代理人依法享有的诉讼权利和应当履行的义务。无法通知、法定代理人不能到场或者法定代理人是共犯的，也可以通知未成年犯罪嫌疑人的其他成年亲属，所在学校、单位或者居住地的村民委员会、居民委员会、未成年人保护组织的代表等合适成年人到场，并将有关情况记录在案。到场的法定代理人可以代为行使未成年犯罪嫌疑人的诉讼权利，行使时不得侵犯未成年犯罪嫌疑人的合法权益。

未成年犯罪嫌疑人明确拒绝法定代理人以外的合适成年人到场，人民检察院可以准许，但应当另行通知其他合适成年人到场。

到场的法定代理人或者其他人员认为办案人员在讯问中侵犯未成年犯罪嫌疑人合法权益的，可以提出意见。讯问笔录应当交由到场的法定代理人或者其他人员阅读或者向其宣读，并由其在笔录上签字、盖章或者捺指印确认。

讯问女性未成年犯罪嫌疑人，应当有女性检察人员参加。

询问未成年被害人、证人，适用本条第四款至第七款的规定。”

根据该条第 4 款和第 8 款的规定，所以应当分别通知他们的法定代理人到场。

3. [答案] 不是。

[考点] 附条件不起诉制度。

〔解析〕《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第40条第1款规定：“人民检察院决定附条件不起诉的，应当确定考验期。考验期为六个月以上一年以下，从人民检察院作出附条件不起诉的决定之日起计算。考验期不计入案件审查起诉期限。”可见，考验期应当是从“作出”附条件不起诉的决定之日起计算。

4.〔答案〕可以。

〔考点〕附条件不起诉制度。

〔解析〕《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第40条第2款规定：“考验期的长短应当与未成年犯罪嫌疑人所犯罪行的轻重、主观恶性的大小和人身危险性的大小、一贯表现及帮教条件等相适应，根据未成年犯罪嫌疑人在考验期的表现，可以在法定期限范围内适当缩短或者延长。”

可见，可以根据黄某的表现法定期限范围内适当缩短或者延长考验期。

5.〔答案〕可要求。

〔考点〕附条件不起诉制度。

〔解析〕《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第27条规定：“对于未成年人实施的轻伤案件、初次犯罪、过失犯罪、犯罪未遂的案件以及被诱骗或者被教唆实施的犯罪案件等，情节轻微，犯罪嫌疑人确有悔罪表现，当事人双方自愿就民事赔偿达成协议并切实履行或者经被害人同意并提供有效担保，符合刑法第三十七条规定的，人民检察院可以依照刑事诉讼法第一百七十三条第二款的规定作出附条件不起诉决定，并可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚。”

《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第42条规定：“人民检察院可以要求被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人接受下列矫治和教育：

- （一）完成戒瘾治疗、心理辅导或者其他适当的处遇措施；
- （二）向社区或者公益团体提供公益劳动；
- （三）不得进入特定场所，与特定的人员会见或者通信，从事特定的活动；
- （四）向被害人赔偿损失、赔礼道歉等；
- （五）接受相关教育；
- （六）遵守其他保护被害人安全以及预防再犯的禁止性规定。”

可见，人民检察院对未成年被告人作出附条件不起诉决定时，可要求他们向被害人赔礼道歉、赔偿损失。

6.〔答案〕人民检察院不能将黄某移交社区矫正机构监督考察，只能自己进行监督考察。

〔考点〕附条件不起诉制度。

〔解析〕《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》第43条第1款规定：“在附条件不起诉的考验期内，人民检察院应当对被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人进行监督考察。未成年犯罪嫌疑人的监护人应当对未成年犯罪嫌疑人加强管教，配合人民检察院做好监督考察工作。”

可见，人民检察院就是监督机关，应当直接进行监督考察，不能将黄某移交社区矫正机构监督考察。

■ 案例 49：

戴某（16岁）和李某（17岁）因共同伤害邵某被某县公安机关立案侦查，随后移送某县检察院审查起诉。某县检察院经过审查发现，戴某只是协助李某伤害邵某，情节显著轻微，危害不大。李某虽然主要实施了伤害行为，但悔罪态度非常诚恳，某县检察院对戴某和李某做出了附条件不起诉决定。某县检察院对戴某决定封存相关记录，对李某决定考验4个月。在考验期内，李某又故意伤害了杜某

构成犯罪，某县检察院决定将考验期延长至 10 个月。

问题 1：某县检察院对戴某作出附条件不起诉决定是否正确？为什么？

问题 2：某县检察院作出附条件不起诉决定前没有听取郅某和某县公安机关的意见，是否正确？为什么？

问题 3：某县检察院作出附条件不起诉决定后，某县公安机关不服，如何救济？

问题 4：某县检察院作出附条件不起诉决定后，李某不服，如何处理？

问题 5：某县检察院作出附条件不起诉决定后，郅某不服，如何处理？

问题 6：某县检察院决定封存戴某相关记录是否正确？为什么？

问题 7：某县检察院对李某决定的考验期是否合法？李某又涉嫌新的犯罪，某县检察院延长李某考验期的做法是否正确？为什么？

1. [答案] 不正确，某县检察院应当对戴某作出法定不起诉决定。

[考点] 附条件不起诉

[解析] 《刑法》第二百七十一条第一款规定：“对于未成年人涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪，可能判处一年有期徒刑以下刑罚，符合起诉条件，但有悔罪表现的，人民检察院可以作出附条件不起诉的决定。人民检察院在作出附条件不起诉的决定以前，应当听取公安机关、被害人的意见。”

《刑法》第一百七十三条第一款规定：“犯罪嫌疑人没有犯罪事实，或者有本法第十五条规定的情形之一的，人民检察院应当作出不予起诉决定。”

《刑法》第十五条规定：“有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪：

- （一）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；
- （二）犯罪已过追诉时效期限的；
- （三）经特赦令免除刑罚的；
- （四）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；
- （五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；
- （六）其他法律规定免于追究刑事责任的。”

本案中，戴某不属于《刑法》第二百七十一条第一款规定的附条件不起诉的适用条件，戴某属于“情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的”情况，某县检察院应当对戴某作出法定不起诉决定而非附条件不起诉决定。

2. [答案] 某县检察院作出附条件不起诉决定前没有听取郅某和某县公安机关的意见错误。

[考点] 附条件不起诉

[解析] 《刑法》第二百七十一条第一款规定：“……人民检察院在作出附条件不起诉的决定以前，应当听取公安机关、被害人的意见。”

本案中，某县检察院作出附条件不起诉决定前没有听取被害人郅某和某县公安机关的意见，错误。

3. [答案] 某县公安机关不服，可以要求复议，如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。

[考点] 附条件不起诉

[解析] 《刑法》第二百七十一条第二款规定：“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，适用本法第一百七十五条、第一百七十六条的规定。”

《刑法》第一百七十五条规定：“对于公安机关移送起诉的案件，人民检察院决定不起诉的，

应当将不起诉决定书送达公安机关。公安机关认为不起诉的决定有错误的时候，可以要求复议，如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。”

本案中，某县公安机关对某县检察院作出的附条件不起诉决定不服的，可以先向某县检察院要求复议，如果复议意见不被接受，还可以向某市检察院提请复核。

4. [答案] 李某对附条件不起诉决定不服，某县检察院应当作出起诉的决定。

[考点] 附条件不起诉

[解析] 《刑法》第二百七十一条第三款规定：“未成年犯罪嫌疑人及其法定代理人对人民检察院决定附条件不起诉有异议的，人民检察院应当作出起诉的决定。”

本案中，李某对附条件不起诉决定不服，证明李某认为自己没有犯罪事实，应当被作出法定不起诉决定。而某县检察院则认为李某犯罪情节存在，只能作出附条件不起诉决定。既然双方存在分歧，此时某县检察院应当作出起诉决定，将李某交由某县法院依法审判，通过法院审判来确定李某是否构成犯罪。

5. [答案] 郅某可以向某市检察院申诉，但不能向法院提起自诉。

[考点] 附条件不起诉

[解析] 根据全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百七十一条第二款的解释规定：“人民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。被害人对人民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，可以向上一级人民检察院申诉，不适用刑事诉讼法第一百七十六条关于被害人可以向人民法院起诉的规定。”

本案中，被害人郅某对某县检察院作出的附条件不起诉决定不服的，可以向某市检察院申诉，但不能向法院提起自诉。这是对未成年犯罪嫌疑人的转向处置，体现了对未成年犯罪嫌疑人的特殊保护。

6. [答案] 某县检察院决定封存戴某相关记录不正确。

[考点] 犯罪记录封存

[解析] 根据《高检规则》第五百零七条的规定，人民检察院对未成年犯罪嫌疑人作出不起诉决定后，应当对相关记录予以封存。

该条文中的不起诉指的是法定不起诉、酌定不起诉或者存疑不起诉。本案中，某县检察院对戴某适用附条件不起诉，该不起诉没有终局性，未来根据戴某的表现对其可能起诉，也可能不起诉。此时某县检察院还不能对戴某的相关记录进行封存。如果未来戴某表现很好，某县检察院对戴某正式不起诉之后，再封存戴某的相关记录。

7. [答案] 某县检察院对李某决定的考验期不合法。李某又涉嫌新的犯罪，某县检察院延长李某考验期的做法不正确。

[考点] 附条件不起诉

[解析] 《刑法》第二百七十二条第二款规定：“附条件不起诉的考验期为六个月以上一年以下，从人民检察院作出附条件不起诉的决定之日起计算。”

可见，考验期应当是六个月以上一年以下。本案中，某县检察院对李某决定考验4个月错误。

《刑法》第二百七十三条第一款规定：“被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人，在考验期内有下列情形之一的，人民检察院应当撤销附条件不起诉的决定，提起公诉：

- (一) 实施新的犯罪或者发现决定附条件不起诉以前还有其他犯罪需要追诉的；
- (二) 违反治安管理规定或者考察机关有关附条件不起诉的监督管理规定，情节严重的。”

本案中，根据该条文“(一)”，李某又涉嫌新的犯罪，某县检察院不是应当延长考验期，而是应当撤销附条件不起诉的决定，对李某提起公诉。

案例 50:

甲（21 岁）和自己的弟弟小甲（16 岁）共同盗窃巨额财物被某县公安机关立案侦查，某县公安机关对甲和小甲采取了拘留措施，共同关押于某县看守所。某县公安机关在讯问小甲时，小甲的父母拒绝到场，某县公安机关只好在甲在场的情况下讯问了小甲。案件半年后由某县检察院起诉至某县法院，某县法院认为本案比较具有典型意义，在征得甲和小甲的同意后，对本案公开开庭进行了审理进行了审理。

问题：请简析本案中公安司法机关在诉讼行为方面的违法之处。

〔答案〕

1. 某县公安机关将甲和小甲一同羁押于某县看守所错误。
2. 某县公安机关在甲在场的情况下讯问了小甲错误。
3. 某县法院对本案公开审判错误。
4. 某县公安机关、检察机关和审判机关均没有为小甲提供法律援助错误。

〔考点〕未成年人刑事诉讼程序

〔解析〕

1. 某县公安机关将甲和小甲一同羁押于某县看守所错误。

《刑法》第二百六十九条第二款规定对：“对被拘留、逮捕和执行刑罚的未成年人与成年人应当分别关押、分别管理、分别教育。”

可见，某县公安机关应当将小甲与甲及其他成年犯罪嫌疑人、被告人分别关押、分别管理、分别教育。

2. 某县公安机关在甲在场的情况下讯问了小甲错误。

《刑法》第二百七十条规定：“对于未成年人刑事案件，在讯问和审判的时候，应当通知未成年犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。无法通知、法定代理人不能到场或者法定代理人是共犯的，也可以通知未成年犯罪嫌疑人、被告人的其他成年亲属，所在学校、单位、居住地基层组织或者未成年人保护组织的代表到场，并将有关情况记录在案。到场的法定代理人可以代为行使未成年犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利。”

《公安部规定》第一百九十七条第二款规定：“讯问同案的犯罪嫌疑人，应当个别进行。”

本案中，某县公安机关讯问小甲时应当通知小甲的法定代理人到场，小甲父母拒绝到场的，也可以通知小甲的其他成年亲属，所在学校、单位、居住地基层组织或者未成年人保护组织的代表到场。但某县公安机关不能在甲在场的情况下讯问小甲，因为甲和小甲属于共犯，讯问同案的犯罪嫌疑人，应当个别进行。

3. 某县法院对本案公开审判错误。

《刑法》第二百七十四条规定：“审判的时候被告人不满十八周岁的案件，不公开审理。但是，经未成年被告人及其法定代理人同意，未成年被告人所在学校和未成年人保护组织可以派代表到场。”

本案中，小甲属于未成年人，某县法院应当对本案不公开审理。

4. 某县公安机关、检察机关和审判机关均没有为小甲提供法律援助错误。

《刑法》第二百六十七条规定：“未成年犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院、公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”

本案中，小甲系未成年人，自己没有委托辩护人，某县公安机关、检察机关和法院应当通知法律援助机构指派律师为小甲提供辩护。

● 论述 1:

试论我国刑事诉讼法的基本理念（论述题万能材料）

〔解析〕

1. 惩罚犯罪与保障人权。
2. 实体公正与程序公正。
3. 公正与效率。

● 论述 2:

请用相关理论和所学知识阐述侦查的司法控制原理。

〔解析〕侦查的司法控制，顾名思义，就是由司法机关对侦查机关的侦查行为进行管控和制约。

1. 强制性侦查措施与任意性侦查措施

根据侦查行为是否带有强制性，是否会侵犯犯罪嫌疑人的人身、财产权利，可以将侦查行为区分为强制性侦查措施和任意性侦查措施。强制性侦查措施主要包括：强制措施、搜查、扣押、查封、冻结、技术侦查措施等。而任意性侦查措施包括：勘验、检查、鉴定、询问等。如果不对强制性侦查措施进行控制和监督，司法实践中可能会出现两种问题：一是侦查手段的滥用；二是违法行为的存在和缺乏制裁。这些问题会对人权造成严重侵犯。

3. 事前监督与事后监督

检察机关作为法律监督机关，依法行使法律监督职权。根据监督的时间不同，检察机关对侦查行为的监督可以被区分为事前监督和事后监督。

事前监督指的是，侦查机关无权自行决定适用侦查措施，需要事先报请人民检察院批准、决定后方可实施的制度。

事后监督指的是，侦查机关有权自行决定适用侦查措施，无需事先报请人民检察院批准、决定，人民检察院只在侦查措施实施后根据侦查机关的报备或者当事人的申诉对侦查措施进行审查的制度。

一般认为，对于强制性侦查措施，譬如逮捕，需要接受事前审查。而对于任意性侦查措施，只接受事后审查即可。

2. 我国侦查的司法控制

如何对侦查行为，尤其是强制性侦查行为进行控制和制约？靠侦查机关自觉、自愿、自我控制显然是不足够的，因此，就涉及对侦查进行司法控制的问题。侦查的司法控制，顾名思义，就是由司法机关对侦查机关的侦查行为进行管控和制约。譬如在美国，警察将嫌疑人抓获后，必须毫不迟延地将嫌疑人带见于法官面前，由法官对嫌疑人进行初次聆讯，以决定对嫌疑人羁押或者保释。换言之，羁押或者保释不是由警察决定，而是由法官决定。

在我国，现行立法对侦查权缺乏有效的规制。譬如，公安机关仅对逮捕没有自行决定权，需要报人民检察院批准。但对于拘留、搜查、扣押、查封、冻结等强制性侦查措施，公安机关可以自己决定、自己执行，没有任何机关对其进行制约，容易导致侦查权的滥用。

针对这一问题，目前主要的学说有两种：

其一，强制性措施由检察机关批准。有的学者主张效仿逮捕制度，由检察机关控制侦查机关的侦查行为，比如说公安机关要进行搜查、扣押必须要报请检察机关批准后方可进行。但是这样做可能存在两个问题：（1）公安机关是侦查机关，检察机关是控诉机关，二者都是履行追诉犯罪嫌疑人的职能，让检察机关进行审查不一定能够公正。（2）公安机关的任何侦查行为都由检察机关审查决定，实际上是确立了检察领导、指挥侦查的检警关系，在我国目前的司法现状下无法实现。

其二，强制性措施由预审法院批准。有的学者主张由法院来审查侦查机关的侦查行为，设立预审法官。因为由公正的法官进行判断最能令人信服。但这种观点也遭到了质疑：（1）法官秉承公正、中立，不偏不倚，如果法官介入侦查，必然使法官对犯罪嫌疑人产生先入为主的爱憎情绪，不利于保持中立地位。（2）如果在全国四级法院系统设立预审法官，司法成本过高、无法承受。因此，对于公安机关侦查行为的司法控制仍然维持现状，仅有逮捕措施需要检察机关批准。

● 论述 3:

请谈谈对我国检察机关“捕诉合一”职权配置改革的看法。

[解析]

“捕诉合一”，是一种检察职权的配置，是目前我国司法改革的一大热点。“捕诉合一”指的是将同一案件的审查逮捕、审查起诉，由同一个检察官或检察官办案组办理。这一做法是否可行在我国学界存在正反两方面意见——肯定说、否定说。

否定说的主要观点包括：

- 第一，“捕诉合一”会否定逮捕程序独立的价值，容易造成逮捕权的不当使用；
- 第二，“捕诉合一”不利于检察官秉持客观义务，将司法审查交给公诉机关并不妥当；
- 第三，“捕诉合一”不利于司法制度的精密化和检察职能的精细化；
- 第四，“捕诉合一”会使检察机关内部失去监督，不利于提升办案质量；
- 第五，“捕诉合一”会弱化检察机关对侦查活动的监督的职能。

肯定说的主要观点包括：

其一，“捕诉合一”符合中国的国情。我国宪法将批捕权、起诉权统一赋予了检察机关，没有规定检察机关必须分开行使，“捕诉合一”具有内在合理性。

其二，“捕诉合一”有利于加强侦查监督力度，提高办案质量。“捕诉合一”要求“谁捕谁诉”，负责批捕的检察官会使用起诉的标准从批捕开始就关注侦查，有利于及时监督公安机关的侦查活动。

其三，“捕诉合一”可以提高诉讼效率。实行“捕诉合一”，检察官既负责批准逮捕，也负责审查起诉，这样检察官在审查起诉前就对案情有所掌握，在审查起诉时就无需再进行同质化的阅卷、审查工作。

其四，“捕诉合一”有利于律师辩护，保障人权。批捕、起诉由一个检察官负责，不会存在案件改变了诉讼阶段，律师找不到案件承办人的情况，“捕诉合一”利于保障案件承办人员和承办意见的一致性，更有利于律师进行辩护。

其五，“捕诉合一”可以提高检察官的业务能力。“捕诉合一”使一名检察官对一个案件既行使批捕权，又行使起诉权，对批捕和起诉的结果都要负责，有利于提升检察官的专业水平。

综上，笔者认为，“捕诉合一”的司法改革不能脱离我国目前所处的时代语境，随着我国刑法的两次修改，随着法治与正当程序理念深入人心，随着一些改革制度的大力推进，和一二十年前相比，检察机关办案人员的业务素质普遍得到了提升，司法官员秉持客观、公正义务的精神也深入检察官的脑海，再结合我国各省市检察机关进行“捕诉合一”试点的数据分析，“捕诉合一”总体来说是瑕不掩瑜，比较可行的。因此，可以进一步推进“捕诉合一”规则的细化，扩大“捕诉合一”案件的适用范围，进一步权衡“捕诉合一”给检察权行使带来的利弊，最终做出理性的抉择。

● 论述 4:

谈谈对《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中关于“推进以审判为中心的诉讼制度改革，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验”这一部署的认识。

〔考点〕审判中心主义。

〔解析〕党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确提出了“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，对我国司法改革和刑事诉讼制度的完善具有重要的指导意义。

审判中心主义是指整个刑事诉讼活动都应当紧紧围绕审判活动而建构和展开，侦查和公诉都是为审判进行的准备活动，执行是落实审判结果的活动，审判才是刑事诉讼活动的中心。

构建审判中心主义的价值主要包括：

第一，有利于人权保障。在审判为中心的诉讼活动中，举证、质证都在法庭上完成。被告人的主体地位能够得到切实尊重，其质证权和辩护权得到充分行使。同时，辩护人的辩护权也被尊重和重视。

第二，有利于防范冤错案件的产生。在审判为中心的诉讼活动中，法庭上的举证、质证将会非常充分，控辩双方积极对抗，有利于法官查明案件事实，从而避免发生冤错案件。

第三，有利于程序公正。审判中心主义是被世界主要法治国家普遍接受的理念，我国也应当构建并完善以审判为中心的诉讼构造，有一个详尽、公开、对抗性强的庭审，才能充分体现出程序的正当性和独立价值，才能通过程序“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”。

第四，有利于实现中国特色的“司法独立”。审判中心主义要求法官遵循直接言词原则，需要法官明确自己的主体责任并独立作出裁判，防止案外因素的干扰。这些都是我国审判“司法独立”应有之义。

我国之所以提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，是因为在司法实践中，我国仍存在构建审判中心主义的障碍：

首先，侦查中心主义。指的是侦查机关及侦查活动在刑事诉讼中居主导地位。在我国，公安机关侦查终结的案件，基本上都被人民检察院提起了公诉，又基本上都被人民法院判决有罪。有学者称“公安是做饭的，检察院是端饭的，法院是吃饭的”。在这种流水线式的诉讼过程中，案件的基本证据材料在侦查阶段已经固定，起诉和审判阶段的审查基本上流于形式。

其次，卷宗中心主义。指的是在审判活动中，除了被告人出庭受审外，基本没有证人、鉴定人、侦查人员出庭作证，接受质证，庭审只是各方按照顺序发言，流于形式，法官对案件的理解和判断不在庭审之中形成，而是在庭审后通过对各种案卷材料进行审阅形成。但问题是，对于这些案卷或者证据材料基本没有进行过充分的质证。

显然，侦查中心主义不利于法院有效地审查证据，属于对案件“先定后审”。卷宗中心主义使庭审流于形式，不利于法庭对抗，不利于查明案件事实。因此，我国应当摒弃这两种错误的主义，构建以审判为中心的诉讼制度。这需要在以下五个方面进行努力：

第一，公安司法人员应当从思想上正确认识审判中心主义的价值。要以审判中心主义的要求来对待公、检、法三机关之间的互相配合、分工、制约关系，侦查、起诉要按照审判的要求和标准进行，服务于审判活动。

第二，推进以审判为中心首先应当确立以庭审为中心。庭审中心主义是审判中心主义的基础，流于形式的庭审程序是无法确立审判中心主义的诉讼地位的。

第三，切实履行直接言词原则。直接言词原则要求法官直接审查证据，诉讼各方积极参加庭审，在法官指挥下发言和进行辩论。如果证人、被害人、鉴定人、侦查人员应当出庭而不出庭，直接言词原则将无法落实，审判中心主义自然无法实现。

第四，保障被告人获得律师辩护的权利，完善法律援助制度。审判中心主义要求控辩双方积极对抗，

但是在我国的司法实践中，辩护率较低，有学者称不足 30%。而被告人又多不精通法律，这在庭审中无法形成有效的对抗，也就不利于实现审判中心主义。可以考虑进一步扩大法律援助的适用范围，通过保障被告人获得律师帮助的权利来推动审判中心主义的形成。

第五，审判机关认真贯彻“依法独立行使审判权”原则的要求，敢于坚持疑罪从无。审判中心主义不仅是一项程序性要求，也应当是一项实体性要求，简言之，不仅庭审不能流于形式，法官判决也应当公正。这需要法院、法官抵制各种不当压力，坚持独立判案、疑罪从无。立法上应当尽快出台关于法官职业保障的各项措施。

● 论述 5:

简述对我国疑罪从无的理解？

〔解析〕

在我国，疑罪从无的规定经历了从无到有、从难以落实到逐渐落实的转变过程，体现了我国刑事诉讼从求真到求真也求善的转变过程。

一、疑罪从无的立法嬗变

建国后我国第一部刑事诉讼法（1979 年刑事诉讼法）受制于当时的时代背景，没有规定疑罪从无。随后，我国经济迅猛发展，权利意识与法治思想不断觉醒，对正当程序的诉求日益高涨。

几经努力，1996 年刑事诉讼法最终确立了疑罪从无，明确规定：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”这是立法的进步。

二、疑罪从无的价值

如果对被告人错判有罪，将导致两个错误，一是冤枉了好人，二是放纵了真正的有罪之人。而疑罪从无，至多会导致一个错误，即有可能放纵了真正的有罪之人，但肯定没有冤枉一个好人。“两权相利取其重，两权相害取其轻”，显然，宁选疑罪从无，也不能对无辜者错判有罪。

三、最初难以落实

疑罪从无虽然被立法所肯定，但在 1996 年刑事诉讼法施行期间，疑罪从无的落实情况并不乐观。从近年来的河南赵作海杀人案、浙江张氏叔侄强奸案件等冤假错案中可以发现，当案件证据不足，本应作出无罪判决时，法院却作出了有罪判决，只是在量刑上较为轻缓而已，譬如二审法院对于一审判处死刑的证据不足的案件改判为死缓，类似做法被称为留有余地的判决。“疑罪从挂”则是指当案件证据不足时，把案件搁置起来不作处理，对犯罪嫌疑人、被告人一直羁押。疑罪从无的核心价值是使无辜者免受牢狱之灾，这是对全体公民的保护，而这些做法显然是对疑罪从无的异化。

四、改革促进落实

2012 年刑事诉讼法进行第二次修改，“尊重和保障人权”写入刑事诉讼法，明确不得强迫任何人自证其罪，构建了中国特色的非法证据排除规则，细化了刑事案件的证明标准，对何为“证据确实、充分”作了清晰界定。

党的十八大启动了新一轮司法体制改革，推动司法机关对外依法独立行使职权。通过司法责任制、员额制改革，明确了“让审理者裁判、由裁判者负责”，增强了法官对内依法行使职权的独立自主性；推进以审判为中心的诉讼制度改革，促进由“侦查中心”、“卷宗中心”到“审判中心”的转变。

同时，各地司法机关也加强了对冤假错案的防范和纠正，陆续出台了防范冤错案的指导意见。

这些改变或者改革都为疑罪从无的落实奠定了坚实基础。

五、进一步推进改革

虽然疑罪从无在实践中的落实得到好转，但疑罪从无从一种法律规则到司法机关及工作人员的法

治思维方式还有一定的距离。目前，我国的无罪判决率仍然较低，法院在贯彻疑罪从无方面还存在完善空间。

未来，应当继续大力推进司法改革，具言之：

首先，落实党的十九大报告提出的“深化司法体制综合配套改革”，强化司法机关、司法人员依法独立行使职权，使司法人员能够切实落实疑罪从无；

其次，继续推动以审判为中心的诉讼制度改革，实现由侦查中心主义、卷宗中心主义到审判中心主义的完全改变；

最后，确立证据裁判原则，完善证据规则体系，疑罪从无的落实需要以科学合理的证据规则体系为保障。

综上，随着法治、人权、正当程序理念的不断提升，随着司法体制改革的不断深入，疑罪从无的落实一定能够实现。

● 论述 6：

试论禁止双重危险原则。

〔解析〕禁止双重危险原则的渊源可以追溯到古罗马，是英美法系国家的一项重要审判原则，指法院对被告人的行为或者罪名作出的判决发生法律效力后，除法律另有规定外，不得对行为人就同一行为或者罪名再次追诉和审判。即一个人不能因同一行为或同一罪名受到两次或多次审判或处罚。在大陆法系国家，禁止双重危险原则通常被称为一事不再理原则。

禁止双重危险原则的理论基础有二：

首先，防范公权、保障私权。具言之，国家不允许通过运用公共资源和权力对一个公民的同一行为或者犯罪实施反复多次的刑事追诉，从而达到对公民定罪的结果。如果国家可以突破这一限制，被告人就会被置于焦虑和不安全的状态，无罪的被告人被定罪的可能性大大增加。可见，该原则的主要功能就是防止国家滥用追诉权、审判权，从而保障公民合法权益。

其次，维护司法的稳定性与权威。法院作出的判决一旦生效，就必须具备确定性和稳定性。如果可以随意推翻生效裁判，对行为人的同一行为或者犯罪反复追诉，司法就无法给人以稳定性、确定性和可预测性的感觉，人们会逐渐丧失对司法的信任，司法权威必将折损殆尽。禁止双重危险原则可以有效地保障生效裁判的稳定性，利于提升司法权威。

禁止双重危险原则的核心理念在于不允许使行为人因同一行为而两次陷于被追诉的危险之中。如果重复追诉或者审判不会使行为人再次陷于危险之中，则可以重复启动追诉或者审判。譬如，世界主要法治国家都在诉讼理论上将再审区分为有利于被告人的再审和不利于被告人的再审。对于有利于被告人的再审，不受禁止双重危险原则限制，可以随时、多次启动。而对于不利于被告人的再审，应当严格受到禁止双重危险原则的限制，一般不允许启动。

我国现行《刑诉法》中没有确立禁止双重危险或者一事不再理原则。我国刑事司法中的指导思想是实事求是、有错必纠、一追到底。在司法实践中，我国对于启动再审的条件就是生效裁判“确有错误”，不区分有利于被告人的再审和不利于被告人的再审。一方面，我国的做法有利于查明案件事实、维护司法公正。但另一方面，我国的做法也会损害生效裁判的稳定性。

学界针对我国目前再审启动的现状提出了三种观点：

肯定禁止双重危险原则说。认为我国应当引进并确立禁止双重危险原则，为了维护司法的稳定与权威，坚决不允许对行为人的同一行为启动不利于被告人的再审。对有利于被告人的再审可以多次启动。

否定禁止双重危险原则说。认为我国目前对打击犯罪的需要仍然非常迫切，实事求是地查明案件事实应当是刑事司法的第一追求。有错就应当改正，不论再审对被告人有利还是不利。

折中说。认为我国应当引进并确立禁止双重危险原则，鼓励启动对被告人有利的再审，一般情况下不允许启动对被告人不利的再审。但考虑到我国目前打击犯罪与保障被害人合法权益的需要，对被告人不利的再审不是说绝对不能启动，但应当设定严格的条件，譬如只能对危害国家安全、危害公共安全等案件启动不利于被告人的再审。

值得注意的是，虽然我国立法中没有确立禁止双重危险原则，但在司法解释中已经体现出了这一原则的精神，《高法解释》第386条规定：“除人民检察院抗诉的以外，再审一般不得加重原审被告人的刑罚。再审决定书或者抗诉书只针对部分原审被告人的，不得加重其他同案原审被告人的刑罚。”

第三部分：刑法典型法律文书写作要求

根据选拔司法实践人才的需要，刑诉主观题卷考查法律文书的可能性还是有的，以下几种典型的法律文书请考生多加熟悉，尤其注意掌握文书格式。

一、刑事自诉状

刑事自诉状

自诉人：（姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址等）

被告人：（姓名、性别等情况，出生年月日不详者可写其年龄）

案由和诉讼请求

（被告人被控告的罪名和具体的诉讼请求）

事实与理由：

（被告人犯罪的时间、地点，侵害的客体、动机、目的、情节、手段及造成的后果。有附带民事诉讼内容的，在写明被告人的犯罪事实之后写清。理由应阐明被告人构成的罪名和法律依据）

证据和证据来源，证人姓名和住址：

（主要证据及其来源，证人姓名和住址。如证据、证人在事实部分已经写明，此处只需点明证据名称、证人详细住址）

此致

×× 人民法院

附：本诉状副本 × 份

自诉人：××

代书人：××

年 月 日

二、辩护词

辩护词是辩护人向法庭发表的为维护被告人的合法权益的演讲词，它集中体现了辩护人的辩护思路与观点，是辩护人对所辩护的案件的结论性意见，是辩护人在刑事诉讼中实现其辩护职能的重要手段。此外，代理词的格式与辩护词基本相同。

辩护词一般包括首部、正文、结束语三部分。

1. 首部。

首部主要包括三部分，即标题、对审判人员的称呼和前言。

前言部分应当说明：

第一，辩护人出庭的合法性，即是受被告人的委托还是受法律援助机构指派。实践中，还需说明是受律师事务所的指派。

第二，辩护人在开庭前进行了哪些工作，如查阅案卷、会见被告人、调查了案情等，以便向法庭

表明自己的辩护意见是有根据的。

第三,也可在前言部分开门见山地提出关于办案的基本观点,对法庭调查作简要交代。这样一开始就旗帜鲜明地表明自己的态度,能够给人留下深刻的印象,为进入正文部分做好准备。

2. 正文。

正文包括辩护理由和辩护意见,这一部分是辩护词的核心部分。

一般主要包括下列几个方面的内容:起诉书指控被告人的犯罪事实能否成立;被告人是否已经达到刑事责任年龄,有无不负刑事责任的其他不应当追究其刑事责任的情形;起诉书对案件定性和认定的罪名是否准确,适用的法律条文是否恰当;被告人有无法律规定的从轻、减轻或者免除刑罚的情节;有无酌情考虑的从轻或者减轻判处的情节;证据与证据之间,证据与被告人口供之间是否存在矛盾;被告人主观上是故意还是过失,是否属于意外事件;被告人的行为是否属于正当防卫或紧急避险;共同犯罪案件中,对主犯、从犯、胁从犯的划分是否清楚;诉讼程序是否合法等。也有的案件需要同时从上述几个方面来辩护。

3. 结束语。

主要包括两个方面的内容:一是对自己的发言作一小结,提出结论性的意见,以加深法庭对自己辩护观点的印象;二是对被告人如何定罪量刑,适用刑法的什么条款,向法庭提出意见和建议。

关于 ××(姓名) ×× 案的辩护词

审判长、审判员:

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 32 条第 1 款的规定,我接受 ×× 案的被告人 ×× 的委托,担任他的辩护人,为他进行辩护。

在此之前,我研究了 ×× 人民检察院对本案的起诉书,查阅了卷宗材料,会见了被告人,走访了有关证人,并且对现场进行了勘察,获得充分的事实材料和证据。

我认为起诉书在认定事实上有重大出入(或者事实不清、定性不当等)。理由如下:

……

综上所述,我认为……。

根据《中华人民共和国刑法》第 × 条第 × 款之规定,请求法庭对被告人宣告无罪或免除处罚或从轻、减轻处罚。

辩护人: ××

年 月 日

三、刑事起诉书

刑事起诉书的主体一般包括六个部分:抬头,被告人的基本情况,辩护人的基本情况,案由和案件来源,案件事实,起诉的根据和理由。

1. 抬头。一般居中写:“×× 人民检察院起诉书”,右下角写明文号:“× 检刑诉[20××]×× 号”。

2. 被告人的基本情况。这一部分包括被告人的姓名、性别、年龄、出生年月日、出生地、身份证号码、民族、文化程度、职业、工作单位、职务、住址等信息,还包括是否受过刑事处罚,拘留、逮捕的时间,羁押处所等信息。如果是单位犯罪,还应当写明犯罪单位的名称、所在地址、法定代表人的姓名、性别、职务等信息。如果还有应当负刑事责任的直接负责的主管人员或其他直接责任人员,应当按照被告人基本情况的写法列明。

3. 辩护人的基本情况。应当写明辩护人的姓名、单位、通信地址。

4. 案由和案件来源。对于公安机关侦查终结的案件，应当写明姓名、案由、案件来源。譬如“被告人××抢劫一案，由××公安局侦查终结向本院移送审查起诉”。如果是上级人民检察院移交起诉的或者因审判管辖的变更而由同级法院移送审查起诉的，应当写明姓名、案由、案件来源。譬如“被告人××绑架一案，由××公安局侦查终结，经××人民检察院交由本院审查起诉”。又如“被告人××诈骗一案，由××公安局侦查终结，××人民检察院提起公诉，××人民法院经××人民法院转至本院审查起诉”。

5. 案件事实。这一部分是起诉书的核心部分，目的是展示被告人的犯罪全过程，应当包括犯罪时间、地点、经过、手段、目的、动机、危害后果等与定罪量刑有关的事实。如果被告人犯有数罪或多次犯罪，应当一一列举各项犯罪事实。对于共同犯罪的案件要一一写明各被告人在共同犯罪中的地位和作用。在写作形式方面，应当在案件事实之前写：“经本院审查表明……”。在案件事实最后写：“上述犯罪事实清楚，证据确实、充分，足以认定”。

6. 起诉的根据和理由。这一部分是起诉书的总结部分，需要列明法律根据。包括被告人触犯的刑法条款，犯罪性质，从轻、减轻或者从重处罚的情节，各被告在共同犯罪中应负的罪责等。譬如：本院认为，概括被告人行为的危害程度、性质、轻重，被告人××的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第×条关于××罪的规定，依法应当从重（轻）处罚。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第×条的规定，提起公诉，请依法惩处。

此致

××人民法院

检察员：××

年 月 日

（院印）

附注：包括被告人现在处所，所附证据目录、证人名单、主要证据复印件或照片的清单。

四、上诉状

上诉状由三个部分组成：

1. 首部。

（1）标题：“刑事上诉状”。

（2）上诉人栏。写明上诉人的姓名、性别、年龄、民族、籍贯、职业、住址。

（3）被上诉人栏。写明被上诉人的姓名、性别、年龄、民族、籍贯、职业、住址。被上诉人适用于自诉案件，公诉案件被告人提出上诉的不列被上诉人。

（4）案由。写明不服原审判决（或裁定）的事由。譬如：“上诉人因×一案，于×年×月×日收到×人民法院×年×月×日（××××）×字第×号刑事×××，现因不服该×××提出上诉。”

2. 上诉请求和理由。

上诉请求：写明上诉人不服原审裁判，要求第二审人民法院撤销、变更原审裁判或者请求重新审理。

上诉理由：驳论原审不当，阐述上诉根据。

下面写：“为此，特向你院上诉，请求依法撤销原判决（或裁定）予以改判（或重新审判）。

此致

××人民法院”

3. 附项及尾部。

附项：写明本上诉状副本 × 份。

尾部：在右下角由上诉人签名、盖章，注明具状年月日。

五、抗诉书

× × × 人民检察院

刑事抗诉书

× 检 × 抗字 [年度] 第 × 号

原审被告人……（依次写明姓名，性别，年龄，出生年月日，民族，籍贯，职业、单位及职务，住址，被采取强制措施或服刑情况。有数名被告人的，依从重至轻顺序分别列出）。

原审被告人 × × × ……一案（写明姓名、案由），由 × × × 公安局侦查终结移送本院审查起诉，本院 × × × × 年 × × 月 × × 日提起公诉（对自侦案件，相应改写为“本院侦查终结并提起公诉”；对自诉案件，相应改写为“自诉人 × × × × 年 × × 月 × × 日向 × × × 人民法院提起诉讼”）。× × × 人民法院以 × × 号刑事判决书（裁定书）作出判决（裁定）：……（判决、裁定结果）。经依法审查（如果是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而请求人民检察院提出抗诉的，应当写明这一程序。如果是按审判监督程序提出抗诉的，应当写明生效的一审判决或二审判决情况、有关人民检察院提请抗诉的程序。然后再写“经依法审查，本案的事实如下”）：

概括叙写人民检察院认定的事实、情节。应当根据具体案件事实、证据情况，围绕刑法规定该罪构成要件特别是争议问题，简明扼要叙写案件事实、情节。一般应当具备时间、地点、动机、目的、关键行为、情节、数额、危害结果、作案后表现等有关定罪量刑的事实、情节要素。一案有数罪、各罪有数次作案的，应依从重至轻或时间顺序叙写。但是，文字应当简明扼要。

原审被告人上述犯罪事实清楚，证据确实、充分，足以认定。

本院认为，……[以下写明，对判决（裁定）的审查意见和抗诉理由。层次是：（1）“本院认为”之后，先概括指出被告人行为危害程度、情节轻重程度，依法应当如何判决；（2）再明确指出判决（裁定）错误的核心之处，明确写明抗诉焦点，如“认定事实有误”、“适用法律不当”、“量刑畸轻”等；（3）集中阐述抗诉理由，具体分析原审判决、裁定错误所在，论证检察机关的正确意见。]

理由写完之后，另起一段，写明适用提起抗诉的法律依据，依法提出予以抗诉、请求改判的请求。其写作格式如下：综上所述，为严肃国法，准确惩治犯罪（或保障公民的合法权益），依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 × × 条的规定，特提出抗诉，请依法改判。

尾部部分，首先写明致送单位名称：“此致”，“× × × 人民法院”。接下来是检察人员署名。最后写明制作该文书的时间，并在其上加盖人民检察院的印章。

附项部分应写明以下几点：（1）被告人现在何处；（2）证据目录；（3）证人名单。证据目录、证人名单与一审无异，可注明“证据目录、证人名单与一审无异”，不必另行移送。

六、申请抗诉书

刑事抗诉申请书

申请人：×××，个人信息。

因对×××县人民法院作出的（×××）×刑初字第×××号刑事附带民事判决书的刑事判决不服，根据《刑事诉讼法》第218条规定，申请人特申请贵院提出抗诉，恳望贵院予以抗诉。理由如下：

一、定罪方面的不当。

二、量刑方面的不当。

三、量刑方面的不当。

综上所述，申请人认为一审判决认定事实不清，适用法律错误，量刑不当。特申请贵院提起抗诉。

此致

×××县人民检察院

申请人：×××

××××年××月××日

七、刑事裁定书

（一）自诉案件第一审裁定书

×××人民法院

刑事裁定书

（××）刑初字第××号

自诉人……（写明姓名、性别、出生年月日、民族、出生地、文化程度、职业或者工作单位和职务、住址等）。

被告人……（写明姓名、性别、出生年月日、民族、出生地、文化程度、职业或者工作单位和职务、住址等）。

自诉人_____以被告人_____犯_____罪，于_____年_____月_____日向本院提起控诉。本院于受理后，在诉讼过程中……（简述自诉人申请撤诉或者法院按撤诉处理的事由）。

本院认为，……（简写是否准许撤诉或者按撤诉处理的理由）。依照……（写明裁定的法律依据）的规定，裁定如下：……〔写明裁定内容。分两种情况：

第一，准许自诉人申请撤诉的，表述为：

“准许自诉人_____撤诉。”

第二，按撤诉处理的，表述为：

“对自诉人的控诉按撤诉处理。”〕

如不服本裁定，可在接到裁定书的第二日起五日内，通过本院或者直接向_____人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本____份。

审判员：×××

××××年××月××日

（院印）

本件与原本核对无异

书记员：×××

(二) 公诉案件第二审裁定书(再审后的上诉、抗诉案件二审维持原判用)

××× 人民法院

刑事裁定书

(××××)× 刑再终字第 ×× 号

原公诉机关: ×××× 人民检察院。

上诉人(原审被告): ……(写明姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址等,现在何处)。

辩护人: ……(写明姓名、性别、工作单位和职务)。

原审被告人……(写明姓名和案由)一案, ×××× 人民法院于 ×××× 年 ×× 月 ×× 日作出(××××)× 刑初字第 ×× 号刑事判决, 已发生法律效力。……(此处简写一审法院提起再审程序的经过)。×××× 人民法院经过再审, 于 ×××× 年 ×× 月 ×× 日作出(××××)× 刑再初字第 ×× 号刑事裁定(或判决), 原审被告 ××× 提出上诉, 本院依法组成合议庭, 公开(或不公开)开庭审理了本案。×××× 人民检察院检察长(或员)××× 出庭执行职务, 上诉人(原审被告)××× 及其辩护人 ××× 到庭参加诉讼。本案现已审理终结(未开庭的改为“本院依法组成合议庭审理了本案, 现已审理终结”)。

……(首先概述一审法院的再审裁定或判决的基本内容, 其次写明上诉、辩护的主要意见。如果检察院在再审中提出新的意见, 应一并写明)。

经审理查明, ……(肯定一审法院的再审裁定或判决认定的事实、情节是正确的, 证据确凿、充分。如果上诉、辩护等对事实、情节方面提出异议, 应通过对有关证据的分析论证, 予以否定)。

本院认为, ……(根据本院进一步查证属实的事实、情节和当时的法律政策, 分析批驳上诉、辩护等对定罪量刑方面不服的主要意见和理由, 论证一审法院再审判决的正确性)。依照……(写明裁定所依据的法律条款项)的规定, 裁定如下:

……〔写明裁定结果。分两种情况:

第一、一审法院再审系裁定维持原判的, 表述为:

“驳回上诉, 维持 ×××× 人民法院(××××)× 刑初字第 ×× 号刑事判决和 ×××× 人民法院(××××)× 刑再初字第 ×× 号刑事裁定。”

第二、一审再审系判决改变原判的, 表述为:

“驳回上诉, 维持 ×××× 人民法院(××××)× 刑再初字第 ×× 号刑事判决。”〕

本裁定为终审裁定。

审判长 ×××

审判员 ×××

审判员 ×××

×××× 年 ×× 月 ×× 日

(院印)

本件与原本核对无异

书记员 ×××