

十年辉煌历史
铸就金牌品质

2013年 国家司法考试
北京万国学校专题讲座系列

诉讼法·司法制度·论述题 专题讲座

北京万国学校 组编

2013年 国家司法考试
北京万国学校专题讲座系列

诉讼法·司法制度·论述题 专题讲座

北京万国学校 组编

撰稿人（以姓氏笔画为序）

卜开明 陈少文 郭翔 淳于闻

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法·司法制度·论述题专题讲座 / 北京万国学校组编. —北京:九州出版社, 2012. 12
(2013年国家司法考试北京万国学校专题讲座系列)
ISBN 978-7-5108-1879-0

I. ①诉… II. ①北… III. ①诉讼法—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料②司法制度—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. ①D925②D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第305097号

诉讼法·司法制度·论述题专题讲座

作 者	北京万国学校 组编
出版发行	九州出版社
出 版 人	徐尚定
地 址	北京市西城区阜外大街甲 35 号 (100037)
发行电话	(010)68992190/2/3/5/6
网 址	www.jiuzhoupress.com
电子信箱	jiuzhou@jiuzhoupress.com
印 刷	北京墨阁印刷有限公司
开 本	787 毫米 × 1092 毫米 16 开
印 张	32.25
字 数	627 千字
版 次	2013 年 3 月第 1 版
印 次	2013 年 3 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5108-1879-0
定 价	66.00 元

★版权所有 侵权必究★

总序

iStudy 测学体系是万国锐意进取，为提升对学员的服务水平而推出的创新性学习平台。该体系包括入学诊断系统、个性化测学体系、个性学习过程管理系统及个体教学管理系统四大模块，充分整合了万国 15 年的教学、研发和技术资源，直接服务于学员，直接掌控学员的复习进程。该体系的推出，代表万国站在了司法考试培训行业新的制高点上，它打破了以“名师”为核心的传统培训模式，转而之以课程、师资、教学体系三驾马车驱动司法考试培训的全新模式。

面对这样的制度创新与变革，作为万国标志性产品之一的图书，也开始遇到全新的挑战。测学体系之核心在于个性化服务，在于提高复习效率，在于提高学员的过关可能性。从这一理念出发，万国的图书应当为学员传递更多的信息，建立更加全面的考点体系，提供更加接近实战的测试题，帮助学员高效地从图书中找到通过测学体系发现的知识盲点。此即本系列丛书进行写作体例重大创新的原因所在。

本书的写作思路如下：

一、创新体例、健全体系

新版万国学校专题讲座系列丛书，为满足司法考试考生的需求，在全文之前设置了两个旨在从不同角度进行提示的导读，即“**考点导读**”、“**案例索引**”。以期这一全新的写作模式来增加整套丛书的系统性、针对性和实用性。

“**考点导读**”包括“**高频考点**”与“**命题特点**”两个部分。前者提示本讲最重要、最经常考查的考点，后者则指出本讲考点的命题特点，主要是让考生明白本讲的知识点在司法考试中如何考查。比如通过何种题型考查、考查到何种程度、如何设置“陷阱”等等。这一部分在全书中篇幅最小但意义重大，是本书的重大亮点之一。“**案例索引**”是用一个较具概括性的案例来引出本讲将要涉及的主要知识内容，从而启发读者带着问题去阅读正文，这样的做法在司考图书领域属于首创，有助于提高读者的阅读效率，增加复习的针对性。

二、取精去粕、与时俱进

本套丛书在内容上，紧扣司法考试大纲，但对于一些考查频率不高的考点采取了摒弃的态度。此外，本套丛书的内容也是作者授课心得的系统整理，反映了作者对司考命题规律的最新认识。时代在发展，社会在进步，命题思路在推陈出新，我们也在与时俱进，力求创作出完全符合司法考试精神的精华作品。我们有理由相信，这次充满时代气息、把握命题脉络的写作会让万国版专题讲座的整体质量

跃上新的台阶。

三、配合测学、加强实战

前已提及，测学体系已经成为万国最新推出的过关利器之一。为了更好地配合这一体系的推出，新版万国专题讲座系列丛书在实战性方面有了大幅提高，这种提高体现在书中大量与真题接近的试题中，也体现在书中以“实战贴士”和“提醒注意”加以标注的细分重点、难点的提示中，实战性的明显加强也是本书的又一重大亮点。

本书使用方法如下：

万国首创图书和 iStudy 网络平台资源整合。学员输入书中考点号到万国 istudy 平台“关键考点检索系统”，如在 iStudy 输入依法治国的基本内涵的考点号 01010201，就可获得考点精析、名师精讲、相关答疑……让您 360 度全面掌握考点，实现通关！

15 年，万国秉持与时俱进、服务考生的理念，不断进取，取得了“全国每四名通过司法考试的考生之中就有一名是万国学员”的骄人成绩。但成绩没有使我们停滞不前，反而成为我们不断创新的动力。广大考生的支持与信赖使我们感到自己肩上的责任重大，我们唯有倾注全部的心血打造更加精品的图书回馈考生，这也使得万国专题讲座系列丛书得到了品质上的提升。同时，万国提供的广阔平台使一大批年轻有为的教师逐渐成熟起来，开始崭露头角。他们深谙司考命题规律和知识内容，其深入浅出、幽默风趣的教学方式赢得了广大考生的普遍认可。万国学校海纳百川，唯才是举，新鲜血液的不断注入使万国的师资力量日益强大，足以傲视群雄。

十年如一日的专注、强大的师资力量、服务考生的真诚，再辅以精品的教材，成就了无数考生的梦想，也成就了万国在司法考试培训领域独一无二的地位，万国已成为考生最信赖的司法考试培训品牌。

卜开明 专题 1-16；

陈少文 专题 17-23；

郭翔 民事诉讼法

季宏 司法制度

淳于闻 论述题

最后，祝大家心想事成，顺利通过 2013 年司法考试！

北京万国学校

2013 年 1 月

前言

诉讼法前言

本书的内容专注于司法考试中的诉讼法学科，具体包括刑事诉讼法和民事诉讼法、仲裁法的内容，考试方式和难度是非常稳定的，诉讼法学科的分值约达150分左右，其中刑事诉讼法为占73分，民事诉讼法、仲裁法占72分。

一、刑事诉讼法

刑事诉讼法作为程序法，一个突出的特点就是刑事诉讼法的规定非常繁杂，知识点呈现多、杂、散的特点。虽然是依照刑事诉讼的进程来规定程序，但是这些程序中的知识点却并不具备实体法那样的整体性和体系性的特点，而且刑事诉讼法的司法解释非常繁多，更加大了考生全面掌握知识的难度。要想在刑事诉讼法上取得高分，关键在于必须弄清呈零散状态的各个相对独立的知识点，在此基础上弄清楚整个刑事诉讼的程序构架，从微观到宏观层面形成对刑事诉讼法的掌握。从题型来看，刑事诉讼法涉及司法考试的每一种题型，单项选择题、多项选择题、不定项选择题和案例分析题，以及法律文书写作题。

从考点设计来说，历年来刑事诉讼法的试题比较重视基本知识点的考查，很少有偏题怪题，“重者恒重，轻者恒轻”。许多重要考点往往重复考查。例如，法定情形不追究刑事责任原则、侦查机关的种类、公安机关受理案件的范围、辩护人的范围、扣押程序的要求、庭前审查的结果、全面审查原则等等，在历年考试中反复出现。从答案设计来说，除少量刑事诉讼基本理论题目外，历年刑事诉讼法试题以考查法条原文为主，尤其重视对司法解释的考查。因此，在刑事诉讼法的复习过程中，要注意以《刑事诉讼法》、《最高人民法院关于适用〈刑事诉讼法〉的解释》以及《人民检察院刑事诉讼规则》为中心，结合其他有关司法解释，切实熟悉各类法条规定；并在此基础上加强理论知识的学习，从更高的层面把握刑事诉讼法的知识体系。

本书今年有较大幅度的修订，在编写体例上，分为“考点导读”、“案例索引”、“知识点及实例”等部分，其中“考点导读”包含“高频考点”和“命题特点”

两部分内容：“高频考点”部分提示本讲最重要、最经常考查的考点；“命题特点”指出本讲考点的命题特点，主要是让考生明白本讲的知识点在司法考试中如何考查，比如通过何种题型考查，考查到何种程度，往往如何设置“陷阱”等等。在“考点导读”之后的“案例索引”，即用一道精彩的案例引出本讲将要涉及的主要知识内容，并以脚注的形式给出简要的答案、解析。“案例索引”不是每讲必备的，而且有的“案例索引”根据需要下面设多个案例。在“案例索引”之后，是“知识点及实例”部分。本次修订主要是以修改后的刑事诉讼法为依据，吸收了截至本书出版之日的有关刑事诉讼的最新规定，更新和替换了部分题目，对以往试题答案与新法律、法规冲突的地方进行了修正或补充说明等。

2012年3月14日第十一届全国人大第五次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》对《刑事诉讼法》进行了重大的修改；2012年10月16日最高人民检察院第十一届检察委员会第八十次会议修订完成《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》；2012年11月5日最高人民法院审判委员会第1559次会议通过《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》。这些必将会对2013年司法考试大纲的刑诉法部分产生颠覆性的冲击。本书刑诉法部分体现了上述法律和司法解释的修改情况。

二、民事诉讼法

针对民事诉讼法（含仲裁法）这门课的考查特点和应对措施，我想跟诸位考生谈如下几点：

司法考试对于实体法和程序法的考查特点是泾渭分明的。对民法和刑法等实体法而言，命题者非常重视知识点和基本理论的灵活运用和变通考查，大多会以理论结合案例的方式进行出题。而程序法的考查方式则相对较为单一，注重知识点和重点法条的直接贯彻。因此比较起来，程序法题目的得分率会更高一些。虽然司法考试是考查大家法学专业功底的一种考试，但作为资格考试，最终还是要落实到分数上面。相同分值的程序法知识点和实体法知识点，以需要投入的复习成本计，前者比后者是更高效的。民事诉讼法和刑事诉讼法，是两门处于核心地位的程序法，两者分值综合起来历年都在150分左右。

民事诉讼法是诉讼法之母，其理论体系也奠定了整个诉讼法的理论基础。对民事诉讼法的复习，体系化和理论框架的建构十分重要。除去民事诉讼法的性质与效力、诉的理论以及民事诉讼法基本原则等一些基本问题之外，这门学科大致包括制度和程序两大部分，前者主要包括管辖、当事人、证据、诉讼保障和法院调解等内容，后者主要包括一审、二审、再审、非讼、执行以及涉外程序等内容。除了要从宏观方面去把握民事诉讼法学科的框架，还要在某些具体的制度或程序上进行体系化的掌控。比如管辖制度，从法定管辖和裁定管辖两大方面展开，具体到法定管辖又从纵向的级别管辖与横向的地域管辖两个角度介入，诸如此类，

在脑海中形成牢固的知识体系，在体系之下再去渗透至具体的细微知识点。如此记忆，可能会解决零碎记忆造成的记了又忘的诸多麻烦。

虽然以上述进行体系化掌握，但司法考试有一个众所周知的特点，那就是在知识点的考查选择上讲究重者恒重，也就是说，部分重要的知识点永远占据了考试的主要分值。具体到民事诉讼法，我们认为管辖、当事人、证据等三大制度以及一审普通程序、二审程序、再审程序等三大程序是这门课的考查核心。同时，这些问题也是卷四民诉的案例析题经常涉及的考查对象。

司法考试还有一个重要特征，就是对当年最新立法的灵敏性极强，民事诉讼也不例外，这就要求我们必须重点关注当年最新出台的立法或者立法的最新修改。众所周知，在2012年民事诉讼法进行了较大的修改。这次修法的主要视角有二：一是对一些既有的司法解释的吸收，二是对现行立法的修改或最新补充。其中，前者占据了主要方面。因此，我们不必太过忧虑，民事诉讼法的修改并不会颠覆我们既有的理论体系。民事诉讼法的修改内容以及对最新内容的考查角度和方式。

最后，还有一个不可忽视的考查趋势，那就是民事诉讼法近年来越来越注重综合性考查。在一道题目当中，会纵向考查多个知识点，而考生对这些知识点的掌握往往又可能是孤立的和缺乏联系的。这种题目的考查比重越来越大，是民事诉讼法转变考查风格的一个重要标志。这就要求我们对知识点的掌握要更加熟练，同时在复习过程中还要学会必要的总结和前后联系。这种考查特点又与我们前述的体系化掌握呼应起来。

陈少文 卜开明 郭翔 谨识

2013年1月

司法制度前言

司法制度和法律职业道德是司法考试复习中一直被考生忽略的部分，许多人把它当成是鸡肋，分值不大，一般只有 10 分，但是考查的内容却十分丰富，司法制度包括审判制度、检察制度、律师制度和公证制度，而职业道德包括法官职业道德、检察官职业道德、律师职业道德、公证员职业道德的各项规定，相关的法条至今规定的内容粗看似乎相同，但是细读却处处有差异，比如，公证员、法官和检察官的任职年龄有细微的差别，对律师的年龄则没有明确的规定等。考试的题目越来越综合性，一个小案例，既有法官的行为、检察官的行为，还有律师的行为，要逐一判断三者是否符合各自的职业道德准则，具有一定的挑战性。以上的困难造成了许多考生直接放弃该部分的复习，甚至有考生直接进行“裸考”，结果自然不理想。

但是，如果对该部分的真题和内容再做一个深入的研究，就会发现该部分是分布最有规律的。只要掌握了司法制度和职业道德的概况，加上对法官、检察官和律师职业道德的认识，了解公证制度的相关特点，就可以获得较满意的分数。所以，司法制度和法律职业道德绝对不是鸡肋，而是一个未开发的富矿。只要把相关的法条、理念和知识点进行整合以及理解性的记忆，就一定能获得好的成绩。

本书不足之处，欢迎考生批评指正！

季 宏
2013 年 1 月

论述题前言

考场如战场，司法考试尤其如此，所以，翔实的对敌分析与有针对性的战前演练分外重要。

“那我们要详细分析的‘敌’是谁呢？”

“是命题老师？”

“是考题？”

是命题老师出的考题——我们进考场后要答的考题。

“可是今年的考题还没有拟出来呢？”——呵呵，拟出来也不能告诉你呀。

所以，一定要下大气力研究历年真题，研究其中的命题规律，然后做相应的练习，这样方能在考试的时候克敌制胜。

“老师，你说的好像很有道理，但是历年真题，‘历年’啊！我的学习时间可紧张啦！这个，这个，怎么说呢，要不你好好研究，然后把你的研究结果整理一下，帮我押个题儿，背上那么两三个，不就 OK 啦！”

你说的也很有道理，能够事先知道考题绝对是很多人的梦想，但当梦想走进现实，却不一定都是美好的结局。

为什么？关键还是实力！

就算提前一年知道对阵形势——不要说对巴西、意大利，就是巴林、东帝汶（都在什么地方啊？是主权国家吗？），中国男足就保证能赢吗？

所以说，高手不用押题，低手押了也没用，还是少花一点时间押题，多提升一下自己吧。

其实，仅以顺利通过司考为目的，需要我们知道的东西并不是很多，关键是要有的放矢，并熟练掌握。论述解答部分更是低投入、高产出的价值洼地。真的吗？不信就往下看。

开始吧。

淳于闻

2013 年 1 月

目 录

刑 事 诉 讼 法 部 分

专题一	刑事诉讼基本理论·····	2
专题二	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人·····	6
专题三	刑事诉讼法的基本原则·····	14
专题四	管 辖·····	25
专题五	回避制度·····	37
专题六	辩护与代理·····	43
专题七	证据与证明·····	53
专题八	强制措施·····	67
专题九	刑事附带民事诉讼·····	80
专题十	期间与送达·····	85
专题十一	立案程序·····	89
专题十二	侦查程序·····	93
专题十三	审查起诉程序·····	108
专题十四	审判原则与审判组织·····	116
专题十五	公诉案件一审普通程序·····	122
专题十六	简易程序、自诉案件·····	134
专题十七	第二审程序·····	143
专题十八	死刑复核程序·····	156
专题十九	审判监督程序·····	163
专题二十	执 行·····	171
专题二十一	涉外刑事诉讼程序与司法协助制度·····	182
专题二十二	特别程序：未成年人刑事案件诉讼程序·····	186
专题二十三	其他特别程序·····	192

民事诉讼法部分

专题二十四	基本原则与基本制度·····	200
专题二十五	管辖一般理论·····	209
专题二十六	管辖的分类·····	218
专题二十七	诉与诉权·····	234
专题二十八	当事人一般理论·····	241
专题二十九	特殊当事人·····	251
专题三十	诉讼代理制度·····	264
专题三十一	民事证据·····	271
专题三十二	民事证明·····	278
专题三十三	法院调解·····	286
专题三十四	保全与先予执行·····	292
专题三十五	对妨害民事诉讼的强制措施、期间与送达·····	297
专题三十六	起诉与受理·····	301
专题三十七	一审普通程序·····	308
专题三十八	简易程序·····	315
专题三十九	二审程序·····	320
专题四十	再审程序·····	329
专题四十一	特别程序·····	338
专题四十二	非讼程序·····	343
专题四十三	执行一般·····	349
专题四十四	执行措施·····	359
专题四十五	涉外程序·····	367
专题四十六	仲裁范围与仲裁协议·····	370
专题四十七	仲裁程序·····	375

司法制度部分

专题四十八	司法制度和职业道德概述·····	384
专题四十九	审判（检察）制度与法官（检察官）职业道德·····	395
专题五十	律师制度与律师职业道德·····	405
专题五十一	公证制度·····	418

论述题部分

专题五十二 真题回放.....	428
专题五十三 解题思路.....	438
专题五十四 考点分析.....	448
专题五十五 行文示范.....	468
附：历年简答题.....	496

刑事诉讼法部分

XING SHI SU SONG FA BU FEN

专题一

刑事诉讼基本理论

考点导读

【高频考点】

1. 刑事诉讼与刑事诉讼法的概念
2. 刑事诉讼法与法治国家
3. 刑事诉讼职能
4. 刑事诉讼构造
5. 程序公正与实体公正的关系

【命题特点】

本专题属于理论问题，在论述题中有可能涉及，重点了解三大诉讼职能的概念和承担主体，程序公正和实体公正的关系，了解刑事诉讼横向和纵向构造的概念等。

案例索引

甲区人民检察院依法向甲区人民法院提起公诉，指控被告人张某犯故意伤害罪。案件审理过程中，人民法院经审理发现，张某除故意伤害犯罪外，还涉嫌构成强奸犯罪。对于张某涉嫌的强奸犯罪事实，人民法院建议检察院补充提起公诉，但被人民检察院以证据尚不充分为由拒绝。合议庭认为，根据现有的卷宗材料，足以认定张某构成强奸罪，遂在判决中直接认定张某构成强奸罪，并判处有期徒刑五年。问：甲区人民法院的做法是否合法？^①

①【案例索引】甲区人民法院的做法不合法。人民法院在刑事诉讼中不承担控诉职能。对于发现的指控范围以外的犯罪事实，人民法院应当建议检察院变更或补充起诉。人民检察院不同意的，人民法院应当在指控的犯罪事实以内审理和判决。

知识点及实例

一、刑事诉讼与刑事诉讼法的概念

刑事诉讼就是在国家司法机关主持下，控诉人、犯罪嫌疑人、被告人以及辩护人、证人、鉴定人等诉讼参与人参加下，解决犯罪嫌疑人或被告人刑事责任的大小与有无的活动。

刑事诉讼法是指国家制定或认可的调整刑事诉讼活动的法律规范的总称。它调整的对象是公、检、法机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下，揭露、证实、惩罚犯罪的活动。

二、刑事诉讼法与法治国家

刑事诉讼法在实现法治国家方面的作用，主要体现在与宪法的关系中，一方面，刑事诉讼程序条款在宪法当中具有重要地位，宪法关于程序性条款的规定成为法治国家的基本标志；另一方面，刑事诉讼法在维护宪法制度方面发挥着重要的作用。

三、刑事诉讼职能

刑事诉讼职能，是指根据法律规定，刑事诉讼主体在刑事程序中所承担的特定职责或可以发挥的特定作用。在现代刑事诉讼中，由于控诉与审判分离以及被告人有为自己辩护的权利，从而形成了控、辩、审三种基本诉讼职能共存的局面。刑事诉讼职能是这两年司法考试大纲新增加的内容，具体说来，包括以下3类：

1. 控诉职能

控诉职能是指向人民法院揭露、证实犯罪并要求人民法院对被告人确定刑罚的职能。控诉职能的存在主要是基于国家惩罚犯罪的客观需要，其行使主体主要包括：公诉人、自诉人和被害人等。

【例 1.1】下列哪些人是承担控诉职能的诉讼参与人？^①

- A. 公诉人
- B. 自诉人
- C. 被害人
- D. 控方证人

2. 辩护职能

辩护职能是指针对犯罪嫌疑人或指控进行反驳，说明犯罪嫌疑人或指控不存在、不成立，要求宣布犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者从轻、减轻、免除刑罚处罚的职能。人权、民主思想的传播、程序公正观念的进化以及宪政制度的建立，是产生辩护职能的决定性因素。行使辩护职能的主体包括：犯罪嫌疑人、被告人、

①【答案】B、C。本题考查的是承担控诉职能的诉讼参与人，属于理论题的考核范围。本题具有一定的迷惑性。总体来说，控诉职能的承担者有：公诉人；被害人及其法定代理人、诉讼代理人；自诉人及其法定代理人、诉讼代理人。证人是诉讼的辅助人，既没有控诉职能也没有辩护职能，所以，先排除D。再结合本题要求选的是诉讼参与人，公诉人是专门机关的人，属于国家机关。所以排除A选项。

辩护人等。

3. 审判职能

审判职能是指通过审理确定被告人是否犯有被指控的罪行和应否处以刑罚以及处以何种刑罚的职能。审判职能存在的理论依据是基于公正处理刑事案件的需要以及权力运行的科学要求，其行使主体只有一个，即人民法院。

四、刑事诉讼构造

刑事诉讼构造，是指控诉、辩护和审判三方在刑事诉讼过程中的组合方式和相互关系。它是刑事诉讼的基本框架，反映了刑事诉讼中的控、辩、审三方的不同地位以及国家权力与个人权利之间的关系，决定了整个刑事诉讼的基本运行态势。刑事诉讼结构主要有以下两种：

1. 刑事诉讼的横向构造：控、辩、审三方在各主要诉讼阶段中的法律关系，实质体现为在同一诉讼程序中控、辩、审三方的制约与制衡关系。

2. 刑事诉讼的纵向构造：控、辩、审三方在整个刑诉程序中的法律地位和相互关系，实质体现为审判程序对侦查程序的制约。

在审判阶段，我国刑事诉讼的横向构造上初步体现了控辩双方平等对抗、法院居中裁判的三角形结构。但是，在侦查、审查起诉程序中，并没有引入中立公正的裁判方。在纵向构造方面，我国公安机关、检察院和人民法院的关系为分工负责、互相配合和互相制约。

五、刑事诉讼的若干基本理念

1. 程序公正和实体公正

一般认为，公正包括程序公正与实体公正。程序公正是诉讼过程的公正，实体公正是诉讼结果的公正。由于我国长期以来存在着重实体、轻程序的现象，因此，如何处理实体公正与程序公正之间的关系就成为考生必须关注的目标，这也是非常重要的知识点，很容易在论述题中涉及。比如出一个案例，而这个案例在实体处理上没有问题，但在程序设计上，案件的裁判者与案件的处理结果存在利害关系，问你对此应当如何作出评价等等。目前诉讼法学界的通常观点是，程序公正与实体公正同等重要，当二者发生冲突时，应当程序优先。这是因为：（1）程序公正是实体公正的前提和保障，没有程序公正就没有实体公正；（2）程序公正本身是看得见的公正，实体公正的实现正是通过程序公正来体现的；（3）程序公正一旦受到损伤，不可弥补，而实体不公可以通过二审和再审程序得以实现。

2. 司法公正与诉讼效率

一般的观点认为，刑事诉讼的价值目标应当是“公正优先，兼顾效率”。即刑事司法程序的设计和程序权利与义务的分配都应以公正为价值趋向。但是，在充分关注公正价值目标的同时，也不应忽略刑事司法对效率的追求。