



人大司考丛书



2007司法考试精神和体系 诉讼法·经济法的精神和体系

主编 张能宝

知识体系构建

重点问题思考

考查方向提示

重点考点串讲

重点法条归纳

潜心研读20天，提高效率百分百



 中国人民大学出版社

人大司考丛书

2007 司法考试精神和体系
诉讼法·经济法的精神和体系

主 编 张能宝
副主编 张 玲 杨艳霞 秦华伦
张劲晗 李 磊 刘亚莉
组 编 亿则司法研究中心

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2007 司法考试精神和体系·诉讼法·经济法的精神和体系/张能宝主编

北京:中国人民大学出版社,2007

(人大司考丛书)

ISBN 978-7-300-07835-9

I. 2...

II. 张...

III. ①诉讼法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料

②经济法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料

IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 008399 号

人大司考丛书

2007 司法考试精神和体系

诉讼法·经济法的精神和体系

主编 张能宝

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.lkao.net> (中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 中煤涿州制图印刷厂

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

印 张 36.75

字 数 887 000

邮政编码 100080

010-62511398 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2007 年 3 月第 1 版

印 次 2007 年 3 月第 1 次印刷

定 价 49.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

总序：以精神和体系为支点， 你可以将所有部门法轻松“撬起”

——兼论民法的精神和体系

从2002年国家开始第一次司法考试至今，已经有5个年头了。在这5年中，一条鲜明的主线一直贯穿在每年的司法考试中，那就是从对单一法律知识的考查走向对法律知识的综合性考查，从对法律知识的表面性考查走向对法律知识的深层次考查。这一主线每年都在试题中显现，愈来愈鲜明，愈来愈突出。司法考试变难了，难就难在其不仅涉及面加宽，而且考得越来越深，越来越精。由此，在知识上摒弃单一而倡导综合，排除浮浅而追求精深，反对支离破碎而崇尚相互关联，成为司法考试的特点。可以说，在未来的考试中，如果仅有对法律知识的表面性掌握而不能领会法律背后的精神和价值，仅有对法律知识的零散性记忆而缺少对知识的综合性理解和整体性把握，通过考试将非常困难。在这种情况下，如何达到对法律知识更牢固、更本质性的掌握，如何在对知识点理解的基础上加强知识间的联系、对比和区分，如何把众多的法律知识串联成一个整体从而加强知识间的融会贯通，就成为每一个考生所必须面对的问题。为帮助大家有效学习，我们编写了这套《2007司法考试精神和体系》丛书，通过深度串讲，揭示法律知识背后的精神和价值，突出知识的联系、对比与区分，强化知识的关联性，构建知识的体系性。通过这种讲解，使有一定法律基础的考生对法律知识的掌握跃上一个更高台阶，轻松通过司法考试。

所谓法律的精神，不是具体法律制度本身，而是指具体法律制度之中包含的法的价值，是法的根本宗旨。这种宗旨在具体法律制度中通常并不直接显现出来，但它却指导着具体法律制度的展开和运行。本质上，法律的宗旨是一种法律理念或具体制度所坚持的法律原则，这种法律理念或原则是我们透过具体法律制度所真正追求的东西，是具体法律制度被运用后所要明确宣示、积极实现的东西。缺少了法律的价值和宗旨，具体法律制度就失去了灵魂，就变成了呆板、僵化的文字罗列，难以形成一个有机的法律制度群。从这个角度看，具体法律制度只是皮毛，在其背后隐藏着的法律的精神才是部门法的灵魂。如果在学习法律时不能抓住法律的精神，仅仅从具体法律制度到具体法律制度，我们会陷入表面化和舍本逐末的困境。

实践中我们经常发现，不少人尽管对一个部门法已学习了很长一段时间，表面上也掌握了不少具体法律知识，但一旦开始做题，往往仍难以准确定位试题里的关键问题所在，对问题难以进行有效分析；记住的法条很多，但就是不知道该怎么用，该把它们用在什么地方。造成这种现象的主要原因在于，只掌握了法律的皮毛，没有把握住它的宗旨，只记住了表述法律的文字，没有掌握文字背后蕴含的价值——法律的精神。离开法律的精神谈论具体法律知识本身，对法律的理解就只能停留在比较原始的只言片语和生搬硬套阶段，

不能在法律精神的指导下将具体知识连成一个整体,形成对法的价值、法的宗旨的根本性认识,不能以更深邃的眼光透视试题中的法律现象,揭示相关问题的实质,从而难以从本质上剖析相关法律现象、解决相关法律问题。由此,面对司法考试,我们需要掌握的不仅仅是具体法律知识,更重要的是掌握包含在具体法律知识之中的法律的精神,它是指导具体法律制度的灵魂。复习司法考试的关键,乃是透过具体法律知识洞察到相关的法律精神,进而在法律精神的统领下领会具体法律制度的运行。这样,我们才能得法律之要领,才能从容面对数以千万计的具体制度而不乱,才能面对复杂多变的试题而游刃有余,因为“万变不离其宗”。以下以民法为例进行说明。

民法作为一个大的部门法,包含近2 000个法条,但这近2 000个法条却只是围绕民法的四种精神展开,都是为贯彻和实现民法的这四种价值和宗旨服务的。民法的四种精神是:(1)平等主体性。不管是普通的人格权、身份权,还是与之相关的婚姻关系、继承关系、监护关系,不论是静态的物权关系,还是动态的债权关系,民法予以规范和调整的均是平等主体之间的关系。试题中如果出现非平等主体间的人身或财产关系,那肯定不是民法方面的问题。如果当事人以地位不平等的模式建立了一个民事法律关系,那这个民事法律关系一定是有瑕疵的。(2)意思自治性。行为人的意思直接决定着是否参与民事法律关系,以什么样的方式参与,和什么样的人参与,以何种程度参与,任何人对此均不得进行强迫,否则,该种行为就是有瑕疵的,它要么无效,要么可变更、可撤销。(3)诚实信用性。民法以整个社会的诚实信用为基础,仰赖行为入始终以诚实信用的方式参与民事法律关系。不诚实会导致欺诈,不守信用会导致违约,造成行为人人力、财力的浪费,与社会发展奉行的经济、效益原则相违背,对此民法予以反对,并要求不诚实、不守信用者承担相应的法律责任。(4)公平交易性。不管当事人之间是利益一致的,还是存在利益冲突,从共生共存和谐发展的角度出发,民法倡导公平原则,否定乘人之危,排斥显失公平,规范重大误解,肯定情势变更……不管一道民法试题中的行为是什么样的民法行为,它必须服从上述的四种民法精神,如果背离了这些民法精神,则一定存在着违法之处,由此也一定会被民法否定,产生相应的民事责任。

这样,从民法的精神入手,我们就能从宏观上彻底把握到底什么是民法,能够深刻领会一系列民事法律知识所展现出来的民法的精神和灵魂。通过把握民法的精神,我们会发现,一个一个的民事法律制度规定的具体方向可能不同,但它们在本质上是统一的,都是围绕着民法的精神有机构建;每一个民事法律制度都是从民法的精神中派生出来,都实现着、展示着这些精神。实践中,如果当事人间的民事法律关系不符合民法的精神,违背了民法追求的价值和宗旨,那么它的法律效力就会存在瑕疵,它的履行或实现就会打上这样或那样的折扣。这样,在民法精神的指导下,面对具体民事法律纠纷或民法试题,我们就会快速准确地发现它们的根本问题所在,进而利用具体民事法律知识,有效解决纠纷或者答题。即使是最复杂、最疑难的民法试题,也概莫能外。比如2006年司法考试试卷三第1题,运用民法精神里的意思自治规则,我们可以有效排除D项。因为在通常情况下,一个人邀请另一个人去游泳,绝不意味着他有对另一个人的溺水死亡承担责任的意思,而后者接受前者的邀请,也并不意味着后者在接受邀请时有要求前者对自己的溺水而亡承担民事责任的意思。所以D项“甲应同事乙之邀前往某水库游泳,因抽筋溺水身亡”,如果在甲、乙之间产生民事责任,成立民事法律关系,就违背了民法意思自治的精神。由此,D项不

能成立民事法律关系。

谈到具体法律制度，又要涉及另外一个名词——法律的体系。所谓法律的体系，从外在形式看，指的是由具体法律知识联结成的一个有机的知识结构整体；从内在本质看，指的是具体法律知识相结合、融会贯通，实现法律的精神，体现法的价值宗旨，进而推动建立合法而不是非法的民事关系的动态过程。法律的体系是一个纽带，它将深层的法律的价值宗旨和外在的具体法律知识联系在一起，彼此关联，构成一个有机整体。法律的体系是一座桥梁，它让法律的价值之间、具体法律知识之间、法律的价值与具体法律知识之间相互沟通，相互影响，共同推进，展现出整体的系统的功能。缺少法律的体系，具体法律知识将是孤立的、零散的、支离破碎的。构建不出法律的体系，不管记住了多少具体法律知识，这些具体法律知识都将是一盘散沙，难以对之进行有机结合与灵活运用。

实践中，不少人经常会有这样的困惑：为什么把法条背得那么熟，一做题却仍感觉无从下手？导致这种现象的主要原因除了可能没有领会法律的精神外，另外一个原因就是孤立地看待法条、孤立地学习法条，不能站在法律体系的高度审视和对待具体法律制度，不能在法律体系的全局中摆正具体法律知识的位置，不能发现它们的联结点。其实，法律就是一张“网”，具体法律制度只不过是这张网上的一根线或一个点，单凭一根线或一个点，往往难以捆缚“猎物”，也肯定发挥不出一张网的“收放和捕获功能”。而只有将一根一根的线和一个一个的点定位下来，理清它们的联结关系，“网”才能得以形成。法律体系的建立过程，其实就是法律知识之网的结成过程。而只有形成了法律知识之网，我们才有能力将一道一道的试题作为“猎物”捆缚在我们的网中。

我们仍以民法为例，来看一下法律体系的功能。虽然民法包含的具体法律制度较多，但从体系的角度看，民法仅表现出三方面的特点：以民事法律关系为主线，以民事权利义务为核心，以民事责任为补充。

首先，民法以民事法律关系为主线。民事法律关系的产生、变更或终止，是民法得以发挥调节作用的基础，如果一个行为不能成立民事法律关系，民法将无用武之地。由此，彻底掌握民事法律关系的内容，判断是否形成了合法的民事法律关系，就成为学好民法的关键性前提，成为解答民法试题的基础。总体上看，民事法律关系包括三方面的内容：第一，产生诱因（表现为民事法律事实）。它解决的是什么原因导致民事法律关系产生、变更或终止的问题。没有它的出现，不可能产生出具体的民事法律关系。民事法律关系的产生诱因表现为两种现象：其一是事件（与人的意志无关的现象），其二是行为（基于人的意志的现象）。第二，构成要素。它解决的是民事法律关系在结构上由哪几个部分组成的问题。没有适当的构成要素，民事法律关系也将不能产生。民事法律关系的构成要素有三个：其一是主体，即民事法律关系是由什么样的人参与的。它包括自然人、法人和其他组织。由此，自然人、法人并不是民法中的两个孤立要素，它们解决的实际上是什么样的人可以成为民事法律关系的主体主体的问题。没有合格的主体，就不会存在合法的民事法律关系。其二是客体，即民事法律关系所指向的对象。它包括物、行为和智力成果。这就是我们在民法中大谈物的分类、行为的分类、智力成果的分类的原因，因为它们是民事法律关系的客体。没有它们，即使存在主体，民事法律关系也将无从建立或有效实现。其三是内容，即民事法律关系所包含的权利义务关系。它包括民事权利和民事义务两个部分。民事权利和民事义务让主体和客体相互关联，让民事法律关系最终落到实处。只有内容合法，

民事法律关系才能有效成立或实现。第三,表现形式。它解决的是民事法律关系以什么样的客观上可感知的形态表现出来的问题。如果没有具体的表现形式,民事法律关系就只能是一个抽象的概念,难以操作、难以规范。民事法律关系的表现形式可以从两个角度理解:其一是静态形式,表现为外在的呈现状态,即口头形式、书面形式等;其二是动态形式,表现为运动着的行为,即民事行为和事实行为,而民事行为又包括民事法律行为、可变更民事行为、效力待定民事行为、无效民事行为等。每一个具体的民事法律关系都由这三方面的内容构成,缺一不可,做任何一道试题我们首先都要仔细甄别这些民事法律关系的构成。

其次,民法以民事权利义务为核心。民法调整的是平等主体间的人身关系和财产关系,这种调整是以设定民事权利、明确民事义务的方式进行的。民事权利得以保护,民事义务得以履行,建立民事法律关系的目的也就实现了,当事人的法律纠纷也就解决了,利益追求也就实现了。民事权利包含多种类型,从宏观上看,主要包括人身权、物权、知识产权和债权。人身权是民事主体对自己的人身所享有的权利,物权是民事主体对自己的财产所享有的权利,知识产权是民事主体对自己的智力成果所享有的人身性权利与财产性权利的综合,债权是民事主体对自己的人身权、物权、知识产权遭受侵害或通过另一民事主体的约定而享有的权利。其中,人身权又包括人格权、身份权及其他相关权利,物权又包括所有权、用益物权和担保物权等,知识产权(著作权、专利权、商标权)又包括知识产权人身权和知识产权财产权,债权又包括侵权之债、合同之债、不当得利之债和无因管理之债。民法就是一部权利法,人身权、物权、知识产权和债权,不仅每一种都是一个系统,而且相互联系构成一个更大的民事权利系统,各项民事法律制度也正是以它们为中心具体展开。没有无权利的义务,也没有无义务的权利,不管在什么情况下,民事权利与民事义务总是相互制约、相伴相随的。对于民事义务,最典型的分类就是法定义务和约定义务两种。如果是侵权行为,它违反的就是法定义务;如果是违约行为,它违反的就是约定义务。在与民事权利的对应过程中,民事义务要么表现为积极的作为,要么表现为消极的不作为,但不管怎样,只有通过民事义务的履行,民事权利才能真正实现。所以,换一个角度,我们也可以说,民法也是一部义务法。民法,就是在一系列的民事权利和民事义务的交织转化中运行发展的。具体到一道民法试题里,是否产生了民事权利,产生了何种民事权利,是否形成了民事义务,形成了何种民事义务,都是我们在做题前需要考虑的。

再次,民法以民事责任为补充。民事责任的补充作用是相对于民事权利义务的核心地位而言的,体现为民法对不履行或不适当履行民事义务行为的补救甚或惩罚。仅仅明确民事权利和民事义务是不够的,为了确保民事权利的实现、民事义务的履行,规定具有强制执行力的违反民事义务的民事责任是非常必要的。民事责任在类型上主要包括财产责任与非财产责任,无限责任与有限责任,按份责任、连带责任与补充赔偿责任,过错责任、无过错责任与公平责任等。正因为有了民事责任的规制和震慑,大部分民事义务才得以顺利履行,相对人的民事权利才得到完整彻底的保护。当然,只有在民事义务被非正常履行的情况下,民事责任才会从幕后走向前台。通常,它只是处于“休眠”的状态之中。与民事责任紧密关联的还有一个重要的民事制度——诉讼时效问题。诉讼时效影响和制约着民事权利的实现和运行。“法律不保护权利的睡眠人”,如果权利人任由他的权利处于睡眠状态,那么经过一定的期间后,相关权利将不能得到法律的强制性保护。由此,民事责任实

际上就是在我们确认当事人的一个行为成立了合法的民事法律关系，形成了相应的民事权利，却违背了相应的民事义务时当事人应承担的法律后果，一个正常履行的民事法律关系是不可能产生民事责任的。而民法试题中考得比较多的也是民事责任的承担问题。

通过这样的分析，我们会发现，民法的具体知识虽然很多，但它们并不是彼此分离的；它们是一个整体，是一个体系；它们为民事法律关系的主线所贯穿，服务于民事权利义务这个中心，再经由民事责任进行补充，从而形成一个完整的民法制度整体。在这个整体中，人身与财产相关联，主体与客体相关联，权利与义务相关联，行为与责任相关联，各具体制度环环相扣，虽相互独立但却彼此依存，共同构成民法的整体知识群。在这里，通过建立体系，我们把民法构建成为一张网，具体法律知识被放在了网中央。这样在做民法试题时，虽然我们仍可能简单地用到具体法律制度，但我们更多的时候应该是将具体法律制度放在民法体系这张网中，通过主体、客体，权利、义务，行为、责任等的综合性分析，对试题本身的法律问题进行层层分解，全方位剖析，这样试题中包含的种种民事法律关系就会随着这张网的展开而暴露无遗。通过这张网，我们会发现，所谓复杂疑难的民法试题，只不过是多包含了几层民事法律关系，多涵盖了几种不同的民事权利、民事义务，多涉及了几种不同的民事责任。而不管多么复杂的民事法律纠纷，其实质仍然是主体、客体，权利、义务，行为、责任等的交织。由此我们可以说，只要有了民法体系这张网，应对民法问题，足矣！

还以2006年司法考试试卷三第1题为例，领会了这里民法体系的第一个分支——民事法律关系的构成，就可以有效解决其他三个选项。只要掌握了民事法律关系的成立必须要具有民事权利和民事义务的内容，就可以排除A项和B项。因为A项“甲与乙约定某日商谈合作开发房地产事宜”只是约定要商谈，可能谈成，也可能谈不成，在约定商谈时根本没有任何的合作开发方面的民事权利义务产生，不具备构成民事法律关系的要素，没有形成民事法律关系。B项“甲对乙说：如果你考上研究生，我就嫁给你”表面上看好像形成了民事权利义务关系，但实际上则不然。因为如果民事权利义务关系成立，那就有了法律强制保护、强制履行的效力，但由于婚姻自由，即使将来乙考上研究生而甲不嫁给乙，甲也不受法律的强制执行必须要嫁，乙也不能享有强制娶甲的权利。由此，B项中并不存在所谓的民事权利与民事义务，不能成立民事法律关系。C项“甲不知乙不胜酒力而极力劝酒，致乙酒精中毒住院治疗”，甲对乙的酒精中毒有过错，他应当预见到一个人的酒量是有限的而没有预见到，依法应承担侵权责任，二人间的赔偿的民事权利和民事义务明确，成立民事法律关系。

基于上述的思考、构想和期望，便有了读者面前的这套《2007司法考试精神和体系》套书。

本套书对所有部门法进行精深串讲，重点考点、难点全面系统突破。本套书分成四本：《民商法的精神和体系》、《刑法·法理学·法制史的精神和体系》、《诉讼法·经济法的精神和体系》、《宪法·行政法·国际法的精神和体系》。每本书以部门法为单位分成两块内容进行讲解。首先，是部门法精神和体系，从宏观上精练介绍指导该部门法建立的最基本、最重要的法的价值和宗旨，用图表的方式勾勒出该部门法详细的知识结构体系。其次，以专题为单位从微观上对部门法重点考点进行精深讲解。每个专题包含五个部分：（1）知识体系构建：用图表的形式勾勒出该专题更具体的知识结构体系；（2）重点问题思

考：通过两个以上的问题启发大家对该专题重点考点进行思考和分析；（3）考查方向提示：提示和总结该专题知识在历年试题中的考查规律和考查重点，明确考查方向；（4）重点考点串讲：以重点考点为中心对该专题知识进行深度串讲，凸现法的价值和宗旨，加强联系、对比和区分，对重点考点实施连环式案例训练与突破；（5）重点法条归纳：突出该专题重点考点知识与法条规定的有机结合。五部分内容由总到分，再由分到总，由深入浅，再由浅入深，从宏观入手构建知识体系，强化知识的系统性、关联性，从微观入手深度挖掘，强化纵横比较，加强知识的联系和区分，凸现法的精神，辅之以连环案例的层层推进，从而帮助有一定法律基础的考生形成和强化对考试所涉法律知识更加高屋建瓴的认识，促进阶段性提升，实现跨越式推进，以轻松通过司法考试。

本书使用过程中如有疑问，请登录亿则司法研究中心网站“司考释疑”板块咨询，网址 www.chinayize.com。

通过对人类法律发展历史和法治实践的分析，我们可以发现：法律，并不仅仅是一种强制性制度，也不只是一种实现公平与正义的简单力量。法律是一种信仰。发挥出这种信仰的力量，我们的经济将发展得更快，我们的社会生活将会更加和谐，我们中华民族这朵弥久的智慧之花也将会开放得更加鲜艳明亮。由此，我想到了我们法律人应当具有的精神，想到了我们法律人的责任。时代的发展和民族的振兴要求我们将崇高的法治理想上升为民众普遍的法治信念，将内心的法治追求转化为外在的法治实践。让我们勇往而无畏，大步向前！

张能宝

2007年1月于北京

目 录

上篇 民事诉讼法的精神和体系	1
第一部分 民事诉讼法	3
专题一 民事诉讼法学基本理论	4
专题二 民事诉讼法总论之一：主管与管辖	24
专题三 民事诉讼法总论之二：当事人与诉讼代理人	48
专题四 民事诉讼法总论之三：证据制度	68
专题五 民事诉讼法总论之四：民事诉讼中的保障措施	86
专题六 民事诉讼法总论之五：期间、送达、司法协助	96
专题七 审判程序	104
专题八 执行程序	157
第二部分 仲裁制度	180
专题九 仲裁制度基本理论	181
专题十 仲裁协议	185
专题十一 仲裁程序	192
专题十二 仲裁裁决的撤销	202
专题十三 仲裁裁决的执行与不予执行	206
中篇 刑事诉讼法的精神和体系	213
专题一 专门机关与诉讼参与人	216
专题二 刑事诉讼的基本原则	222
专题三 管辖	230
专题四 回避	247
专题五 辩护与代理	254
专题六 强制措施	271
专题七 附带民事诉讼	293
专题八 期间、送达	305
专题九 证据	311
专题十 证明	318
专题十一 审前程序	323
专题十二 审判程序	346



专题十三 执行程序	401
下篇 经济法的精神和体系	415
专题一 不正当竞争行为的含义及认定标准	417
专题二 限制竞争行为的含义与种类	425
专题三 拍卖主体的权利与义务	428
专题四 拍卖规则	434
专题五 招标投标法	438
专题六 消费者的权利与经营者的义务	444
专题七 消费争议的解决	450
专题八 经营者民事责任的确定	454
专题九 产品、产品标准、产品质量监督	458
专题十 产品质量义务和产品质量法律责任	464
专题十一 银行业法	469
专题十二 证券机构	481
专题十三 证券发行法律制度	490
专题十四 证券交易法律制度	495
专题十五 上市公司收购制度	508
专题十六 个人所得税的征、减、免	512
专题十七 税收征收管理法	518
专题十八 会计法与审计法	525
专题十九 劳动法概述	530
专题二十 用人单位单方解除劳动合同的法律规定	536
专题二十一 劳动者单方解除劳动合同的法律规定	540
专题二十二 工时、工资	543
专题二十三 劳动争议的认定与处理	547
专题二十四 土地所有权、使用权	551
专题二十五 建设用地的管理	558
专题二十六 房地产的开发与交易	563
专题二十七 环境法律制度和环境民事责任	570
后记	575

上篇 民事诉讼法的精神和体系

民事诉讼法首先是作为程序法而存在的，其存在的重要意义之一就是对民法的工具性价值。也正是因为这一点，民事诉讼制度的设计在精神上与民法一脉相承。随着市民社会的逐步形成，民事诉讼也由原来的职权主义模式向以当事人主义为主、职权主义为辅的模式发展。在把握中国现行民事诉讼法时，认识到这一点至为重要。同时，我们也要认识到，民事诉讼法的存在并非以保证民事纠纷获得公正的解决为唯一目的，其本身也应符合基本的公正，即程序正义。

由于诉讼性质的不同，民事诉讼法与刑事诉讼法、行政诉讼法在整个设计理念和具体制度上存在区别。我国现行刑事诉讼法基于惩罚犯罪、保护人民的目的，在制度设计上贯穿着浓厚的职权主义倾向，犯罪嫌疑人、被告人的权利虽已得到极大改善，但始终无法与强大的公诉机关相对抗。行政诉讼法的出现是现代法治发展的一个进步，其旨在为普通的行政相对人提供一个与行政机关平等对抗的机会，它在设计理念上与民事诉讼法具有相似之处，均体现了以当事人主义为主、职权主义为辅的精神，它与民事诉讼法的一个重要区别在于加重了在掌握证据方面具有优势的被告方即行政机关的举证责任，以实现实质意义上的当事人双方平等对抗。

同时，民事诉讼由法院作为中立的第三方来解决当事人之间的纠纷，故与仲裁又有所区别。仲裁是由作为民间组织的仲裁机构作为解决纠纷的机关，以经济、快捷为其主要特征，以浓厚的当事人主义的理念贯穿始终。在仲裁法中，当事人处分原则得到了彻底的贯彻，比如是否将纠纷提交仲裁，将哪些纠纷提交仲裁，将纠纷提交哪个仲裁委员会仲裁，仲裁庭如何组成，由谁组成，仲裁庭的审理方式、开庭方式等程序事项都由当事人自主选定。需要注意的是，民事诉讼解决的纠纷范围比仲裁广，后者只能解决平等主体之间的合同纠纷和其他财产权益纠纷。二者在具体制度的设计上也存在很多差异，比如仲裁实行一裁终局的制度，当事人申请仲裁必须以双方就争议事项达成有效的仲裁协议为前提，当事人可以申请法院裁定撤销或不予执行仲裁裁决等。

在内容上，民事诉讼法属于以证据和程序为核心，以主管与管辖、当事人为基础，以基本原则与基本制度贯彻始终的基本架构。

首先，民事诉讼法以证据和程序为核心。

证据和程序是现行民事诉讼法以当事人主义为主、职权主义为辅的立法模式的集中体现。具体来说，证据部分主要解决在民事诉讼中应由哪些主体依据哪些程序对哪些事实进

行证明并需要证明到何种程度的问题，即举证责任、证明程序、证明对象、证明标准的问题。其中，当事人在收集调查证据和对证据进行质证上的平等是当事人主义的集中体现。但法院仍然拥有依职权和依申请调查证据的权力，虽然其范围已大大受限。程序部分则包括审判程序和执行程序两大方面，前者主要包括普通程序、简易程序、四个特殊的程序（即特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序）、两个救济程序（即二审程序与审判监督程序）；后者包括人民法院如何开始执行，可以采取何种措施执行、执行的中止与终结以及执行中一些选择特殊问题的处理等内容。

其次，民事诉讼法以主管与管辖、当事人为基础。

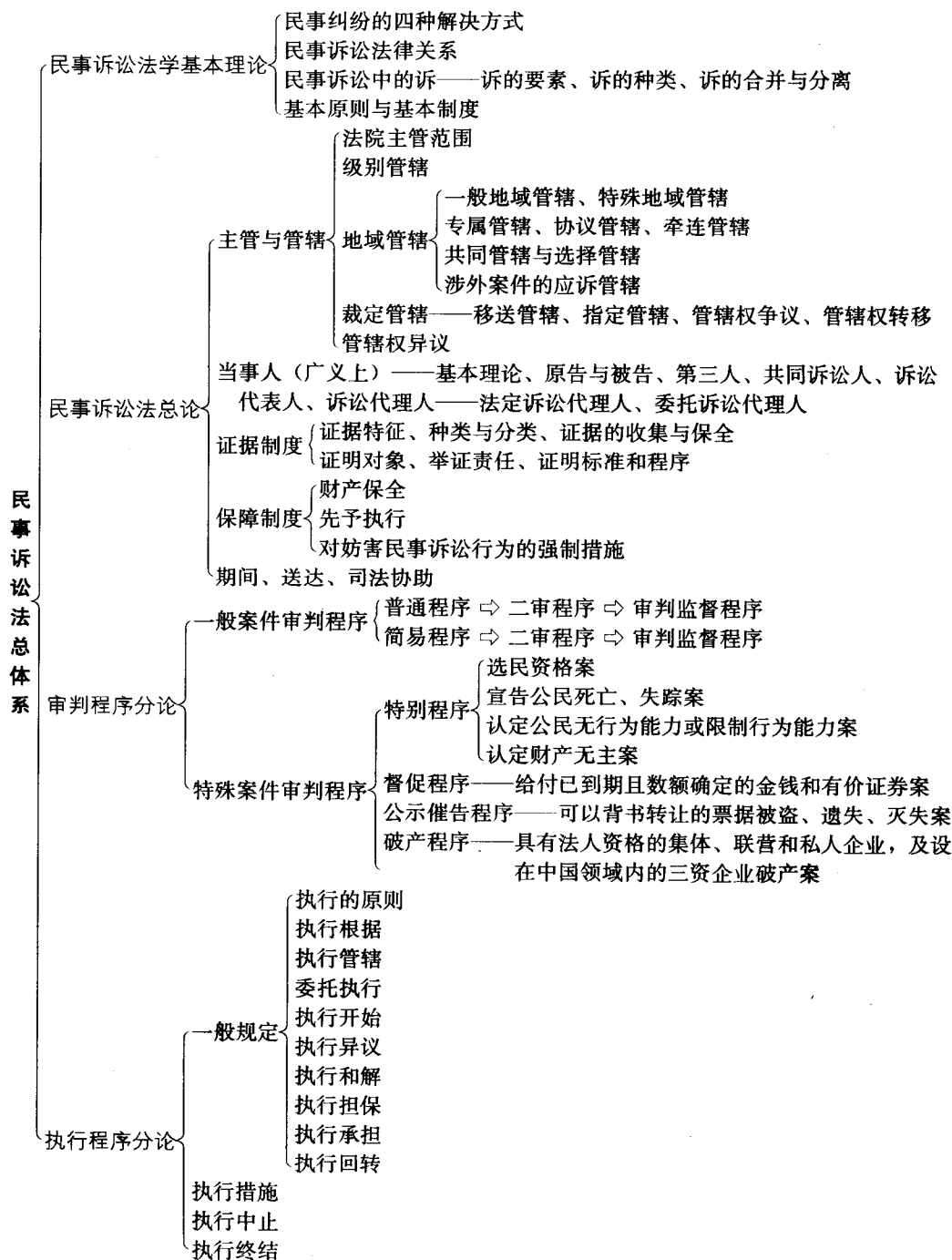
在发生民事纠纷时，确定适格的主管机关和适格的当事人是有效维护当事人合法权益的前提。一旦确定纠纷属于法院主管，管辖问题就随之而来。其主要包括级别管辖和地域管辖两大类，其中又以后者为重点。具体来说，地域管辖包括一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖、协议管辖、牵连管辖、应诉管辖等内容。而法院受理民事纠纷还有一个前提，即适格当事人起诉。因此，如何确定适格的原告与被告、共同诉讼人、诉讼代表人、第三人也是一个重要问题。其中尤以普通共同诉讼人与必要共同诉讼人、有独立请求权第三人与无独立请求权第三人的关系为重点。

最后，民事诉讼法的基本原则与基本制度贯穿于整个民事诉讼法始终。

民事诉讼法包括七项基本原则和四项基本制度，前者包括辩论原则、处分原则、法院调解原则、诉讼权利平等原则、同等原则和对等原则、检察监督原则和支持起诉原则；后者包括合议、回避、公开审判和两审终审制。上述基本原则和基本制度不仅为实现民事纠纷的实体正义提供了保障，也使民事诉讼程序本身符合了正义的要求。

任何一项制度都是一个有机的整体，民事诉讼法也不例外。而“只见树木，不见森林”永远不能达到对一项制度的真正把握。基于此点考虑，在此对民事诉讼法的精神和体系作一简要介绍，希望大家对民事诉讼的理解不只是那几百条繁杂的法条而已。

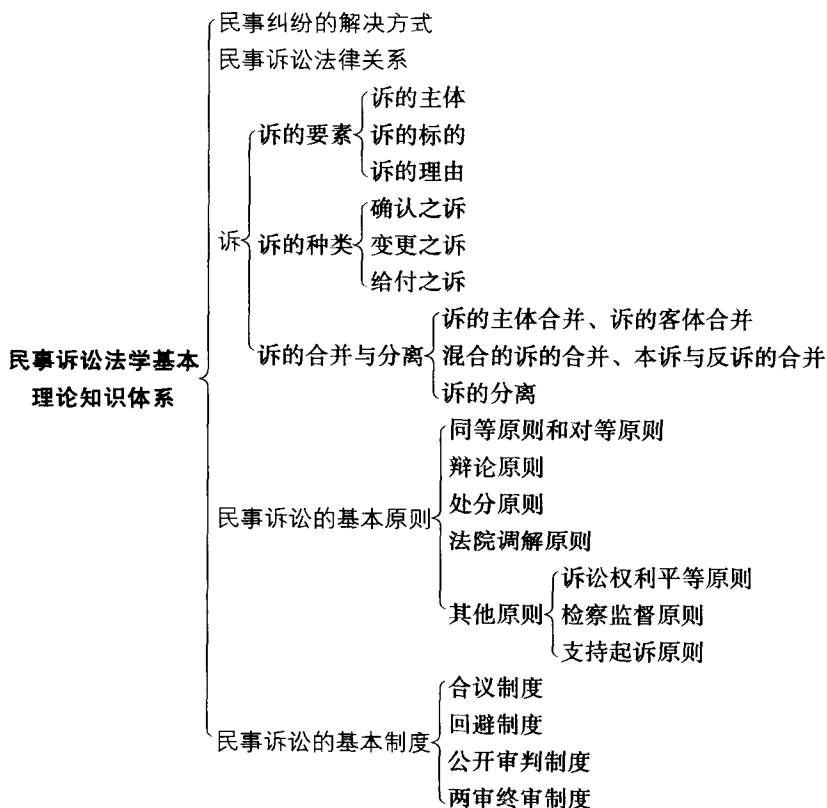
第一部分 民事诉讼法



专 题 一

民事诉讼法学基本理论

知识体系构建



重点问题思考

王某将房子卖给刘某，双方约定付款后一周内交付房屋。刘某付款后王某却拒绝交付房屋，协商未果，刘某只得诉诸法院，请求判决王某交付房屋，并赔偿因其违约给原告造成的经济损失2000元。请问：（1）刘某提起的属于何种类型的诉？（2）如果王某在二审中提出反诉，请求法院判决房屋买卖合同无效，那么王某在二审中提起的属于何种类型的诉？（3）如果王某在一审答辩状中称，双方的合同关系因为刘某有欺诈的行为，故合同是无效的，那么，本案件中诉的种类属于哪一种？为什么？

【答案】（1）刘某提起的是给付之诉。本案中，刘某向法院提出判决被告履行交付房屋义务的请求，是一种给付要求，属于给付之诉。

（2）王某在二审中提起的是确认之诉。王某提出的是确认其与刘某是否存在合同法律关系的请求，属于确认之诉。

(3) 本案件中的诉属于给付之诉。一审当中, 刘某提起的是给付之诉, 而王某的答辩仅是一种反驳的方式, 并不具有诉的意义, 不是一个有效的诉。因此, 答辩的理由不能改变本案件的诉讼性质。

本题的关键在于: 首先应当确定是否是一个有效的诉的形式。诉应当具有诉的主体、诉的标的与诉的理由。如果不是有效的诉的形式, 也就谈不上诉的种类的问题。其次, 在确认之诉中, “确认”具有独立的法律意义, 诉讼的结果就是确认当事人之间是否存在某种法律关系。给付之诉的目的是请求法院判令对方当事人为一定的给付, 虽然其中可能包含确认是否存在某种法律关系的问题, 但这种确认并不具有独立的法律意义。

考查方向提示

民事诉讼法学基本理论主要包括民事纠纷的解决方式、民事诉讼法律关系、诉、民事诉讼的基本原则和基本制度等内容。该部分内容在司法考试中所占比重有加大的趋势, 这点应引起考生的注意。该专题的重点内容有以下几点: (1) 民事纠纷的解决方式; (2) 诉的要素和种类; (3) 基本原则中的辩论原则、处分原则和法院调解原则; (4) 四大基本制度。难点是诉讼标的, 注意其与诉讼标的物、诉讼请求的区别。

重点考点串讲

第一款 民事纠纷的解决方式

如表 1—1 所示, 我国解决民事纠纷的方式主要有以下四种: 和解、人民调解、仲裁与民事诉讼。

表 1—1

解决方式	适用前提	解决纠纷的机构	有无法律上的强制力	是否排斥诉讼
和解	双方自愿	无	无	否
人民调解	双方自愿	人民调解委员会	无	否
仲裁	原则上自愿选择, 例外是诉讼的前置程序	仲裁机构	有	原则上排斥
民事诉讼	不须双方自愿	法院	有	

对于民事纠纷的解决方式着重注意以下三点:

(1) 只有平等主体之间的合同纠纷和其他财产权益纠纷才可以申请仲裁。

(2) 原则上, 仲裁与民事诉讼不能并存。例外: 劳动争议和农村集体经济组织内部的农业承包合同纠纷, 必须是先经过仲裁, 若双方不服仲裁裁决的, 才能向法院起诉, 即仲裁是诉讼的前置程序。

(3) 当民事侵权行为构成侮辱、诽谤、暴力干涉婚姻自由、虐待和侵占罪等告诉才处理的犯罪的, 受害人既可以通过刑事自诉, 也可以通过请求给予侵权人治安管理处罚或通过民事诉讼的途径保护自己的合法权益。

例 1 甲、乙两兄弟因继承遗产发生争执, 争执过程中, 乙将甲的鼻梁打折, 经法医鉴定为轻微伤。甲遂向张律师咨询, 张律师给出以下意见中正确的有哪些?

A. 双方可以在互谅互让的基础上达成和解

- B. 双方可以在人民调解委员会的调解下达成调解协议，但事后又对调解协议反悔的，不能提起民事诉讼
- C. 双方可以达成仲裁协议，申请仲裁
- D. 甲可以向法院起诉乙
- E. 甲可以向公安局报案，请求给予乙治安管理处罚

【答案】 ADE

例2 村民甲与乙因返还借款问题发生纠纷，后经村人民调解委员会调解，双方达成协议：乙于调解协议达成后1个月内返还甲借款1000元。村人民调解委员会制作了调解书，并将调解书交给甲与乙。1个月后，乙未按该调解书履行义务。在此种情况下，甲应如何保护自己的合法权利？

- A. 可以直接到法院申请强制执行
- B. 应当通过村人民调解委员会向人民法院申请强制执行
- C. 可以直接到人民法院就乙借款问题提起诉讼
- D. 应由村人民调解委员会开出借款问题经调解委员会调解的证明方可到人民法院起诉

【答案】 C

关于人民调解协议的效力问题，应当注意其不具有法律上的强制执行力，但是，法律赋予其合同的效力。当事人一方向人民法院起诉，请求对方当事人履行调解协议的，人民法院应当受理。（《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》第2条第1款）

第二款 民事诉讼法律关系

在理解民事诉讼法律关系的概念时，主要掌握三点：

（1）民事诉讼法律关系是发生在当事人、其他诉讼参与人与法院之间的诉讼权利与诉讼义务关系。法院内部行使职权所形成的关系并非民事诉讼法律关系。

（2）民事诉讼法律关系的主体一方必须是法院。

也就是说，民事诉讼法律关系的发生要么是在当事人与法院之间，要么是在其他诉讼参与人与法院之间，该法律关系的主体其中之一必须是法院。

（3）民事诉讼法律关系并不等于民事法律关系。

①民事法律关系的主体主要是自然人、法人和其他组织；

②民事法律关系的内容是民事实体权利义务，民事诉讼法律关系的内容是诉讼权利义务。

例1 下列哪些行为是民事诉讼行为？

- A. 被告向法院提交答辩状
- B. 原告向证人调查取证
- C. 合议庭在庭审后讨论案件
- D. 人民法院聘请鉴定人参加诉讼

【答案】 AD

判断民事诉讼中发生的具体行为是否属于诉讼行为的关键，在于该行为主体或行为所指向的主体其中之一必须是法院。

例2 原告律师与被告律师之间的关系是否属于民事诉讼法律关系？原告与其代理人之间呢？

【答案】 原告律师与被告律师之间不是民事诉讼法律关系。原告与其代理人之间也