

张卫平：指点2005年司法考试民诉要点 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_BC_A0_E5_8D_AB_E5_B9_B3_EF_c36_482758.htm 考生都希望在最短的时间以最省力的方法复习好司法考试，通过司法考试，所以我直截了当地告诉大家最基本的方法和规律。怎么看书，看什么书 关于看什么书，我的意见是，要通过司法考试，实质上只需要看三个方面的书：第一是辅导用书，考试不能超越大纲，而辅导用书严格依照大纲。大家注意选择国家出版的司法考试辅导用书，一定要认准正规版本。第二是法律法规，所有题目的依据是法律法规。如果法律法规中有不妥当的地方大家一定要注意，这样的内容都不能出现在考试试卷上，这是一个基本的要求。第三是司法解释。如果单纯从“通过”角度考虑，这三种是重点，其他的书可读可不读。关于怎么读。我们在读辅导用书的时候一定要注意把握难点。特别要注意，没有重点，只有难点。如果说重点，难点就是重点。无论哪一个法律，司法考试的题目都要求有一定的分布，即一定的涵盖面，一般是70%~80%。涵盖面越广，出题的水平越高。如果我们去想哪些是重点，很容易出现偏差。但这其中仍然有规律可把握，这就是要把握难点。把握难点，复习就有了针对性。什么是难点呢？一、关于这个问题的规定特别复杂；二、关于这个规定的情形既有一般又有例外；三、关于这个规定既有法律法规又有司法解释。像这样的问题就属于难点问题。以民事诉讼法为例，在民事诉讼法的管辖中，我举一个难点，就是合同案件的管辖。其中“难点之难点”是购销合同，购销合同的管辖又区分了若干情形

：当事人在购销合同中约定履行地的，按照履行地，没有明确合同履行地的，以交付地为准。正因为详细的规定很多，例外的情形很多，就形成了一个难点。又如关于民事诉讼管辖的“原告就被告”一般原则，理解起来并不困难，难点在于例外情形，例外情形民事诉讼法规定了四种，需要我们记忆，此外还有几条补充条款，这些都使这个问题深化而成为难点。比如，双方当事人被监禁、双方当事人是军人、双方当事人均被吊销城市户口，应当由何地法院管辖？如果你能总结出一个规律来，那就是“原告就被告”原则，仍应由被注销户口的当事人的所在地来管辖。再比如，当事人这部分内容很重要，当中最重要的是当事人的确定，但难点在于第三人的确定，尤其是无独立请求权的第三人。其中最难的是哪一些情形可以作为无独立请求权第三人，哪些不可以作为无独立请求权第三人。大家注意，在复习当中，我们只要见到一些情形的列举，这些情形就是出选择题的重要部分。选择题就在这些情形当中。这个题是怎么出来的呢？如果这种情形下有四种，那么抽掉一种情形，把不属于这种情形的一个选项放入其中，这样就形成了一个多选题：“以下哪些情形属于无独立请求权的第三人？”反过来又可以作为一个单选题：“下列哪些情形不可以作为无独立请求权的第三人？”所以，我们在复习辅导用书的时候看到诸如“以下情形”这类文字，大家务必要牢固记忆这些内容。如果哪一种情形你没有记住或者记牢，那么你在考试当中只能靠“蒙”了。在整个民事诉讼法中，如果要列举难点的话，那么毫无疑问，管辖是难点，管辖当中的合同案件的管辖是难点中的难点。当事人部分，当事人的确定——哪些人可以作为被告、哪些

人可以作为原告，共同诉讼人以及无独立请求权的第三人，这些都是难点。我们的教材中把“诉”这一部分作为重点之重来讲，但在司法考试中这一部分恰恰不是重点，这里我要告诉大家一个规律——实际上，司法考试是不考理论的。我觉得这句话省了很多人的精力。考生不需要去关注理论，这是我们司法考试的一个缺陷，目前还没有解决。因为如果要考理论的话，应该以哪一种理论作为标准答案呢？这就有争议了，司法考试规定：“凡有争议不能出题。”一旦在理论部分出题，司法考试的难度将大大增加。因此，目前我们在复习中无需关注“张说”、“王说”、“李说”，我们只需要关注辅导用书上的观点，关注法律法规和司法解释。在证据部分，举证责任又是一个难点。另外，在仲裁部分，尽管内容很多，但我们的主要精力就放在一个问题上，这就是仲裁协议的效力，其他内容只要大致了解即可。仲裁协议的效力问题是难点之难点。比如，在仲裁协议有效的情形之一要求仲裁委员会的确定是具体的明确的，那么何谓具体明确呢？如果当事人协议明确选择了两个以上仲裁委员会，算明确吗？对此，最高人民法院的司法解释说，即使协议了两个以上的仲裁机构，只要这些机构是明确具体的，那么选择其中任何一个仲裁机构都是合法的。这就形成了一个难点。因为，一般在我们复习中看见的问题是：“……应当是明确具体的。”但是，什么才是“明确具体的”呢？这就需要结合司法解释来理解。怎样看待和学习司法解释首先，司法部司法考试中心对司法解释是有限定的。在我们看来，司法解释很多，但司法解释相互之间是有重叠的。因此，我们首先根据辅导用书，然后再来复习司法解释。注意辅导用书一般情形下是

把司法解释吸收了，但未必全部吸收。司法解释包括个案的批复、个案的解答和通知。还有一类就是规定，比如最高人民法院《关于适用〈合同法〉若干问题的规定》。往往关于这方面的规定会把关于这一方面以前的司法解释全部吸收，那么以前的司法解释就不用看了。比如，最高人民法院《关于民事诉讼的证据规定》，这个“证据规定”会把以前最高人民法院关于民事诉讼的证据方面的规定全部吸收，以前的规定就不用看了。

第二，我们在复习司法解释的时候，主要比较司法解释之间不同的部分，没有被涵盖的地方是我们重点需要把握的。我们看到有的司法解释内容非常多，而实际上其核心或者解答的问题只有一两句话，掌握这一两句话就可以了。比如说，关于涉及证券欺诈的民事诉讼，这方面的司法解释涉及到民事诉讼的实际上只有一条，就是这类诉讼不适用集团诉讼。设计题的时候，很可能是：“以下哪些情形不适用代表人诉讼？”没有注意到这一点你很可能答错。因为，证券诉讼肯定是很多人参加的，为什么不适用代表人诉讼呢？这正是司法解释难点。而考题出得难，就只能在这些方面下功夫。我作为出题人的体会是，要把题出得难、又不偏，又合乎理性、合乎法律，往往非常困难。在选择项中，有几项是错误的，这个错误的选项也不能凭空想象，必须要合乎逻辑。如果选择项完全不合乎逻辑，怎么能骗得住考生呢？因为在一个题目中，有一个正确的选项必须有一个或者多个干扰项。而干扰项往往通过仔细阅读司法解释才能够发现他们之中的差异。

第三，我们要特别注意例外的情形。“例外”规定为什么常常会出现在考题中呢？因为“一般情况”常常受到我们关注，而“例外”恰恰不受关注。而“例外情形”又

规定得非常具体。所以这样的情形我们要特别注意，司法考试辅导用书中的“但是”内容应当特别注意，建议考生在复习中用红笔将其标注出来，重点记忆。记住“但是”的内容，正面的一般性规定就已经记住了。第四，特别注意一些细节，尤其是在解题的时候。去年司法考试中有这样一道题，“作为有独立请求权的第三人参加诉讼，是否能提起管辖权异议”。下面有四个选择，给出了两个“为什么不能提起”的相近理由：“因为该当事人不是本案当事人”和“因为该当事人不是本诉的当事人”。我们在做选择题的时候一定要注意选项之间的差异，这个差异是“本诉”和“本案”。“本案”可以包括几个诉，而“本诉”指的是“原告和被告之间的诉”。第三人之诉和本诉之间是有差异的。而第三人不是本诉的当事人，只是第三人之诉的当事人。而只有本诉的当事人才能提出管辖权异议。考试结束后，很多考生说这道题是个错题。那么司法考试是否有错题呢？应该说所有的考试都不能是百分百的正确。但是，你做题的时候千万不要想这个题是错的。如何面对有疑问的题个别题“有问题”是难免的。2004年民事诉讼法中一道题考“缺席判决”，给出的条件是某一人在诉讼中中途退庭，然后就失踪了，这属于缺席判决还是延期审理还是其他？给出的标准答案是缺席判决。但是，缺席判决的确定的条件是：无正当理由原告中途退庭或者被告经过两次合法传唤拒不到庭，题目不能完全吻合，此时应该选择最接近的。题目可能存在问题的时候就要用逐个排除的方法，看哪个答案比较接近，哪个答案最难排除。怎么做案例分析题每一次考试中都离不开案例分析题，包括选择题中出现的一些小案例。做这种题，我建议考生们首

先要理清关系，只有理清关系之后才能进行分析，建议可以先在其他的白纸上简单画出案例关系图。实体法和程序法的交叉部分因为司法部在出题时特别强调实体法和程序法的交叉考察，因为只有交叉考察，才能够锻炼我们的综合运用能力，而综合运用能力恰恰是我们要考察的地方。我们复习的时候，复习程序法的时候要看看实体法是如何规定的，而在遇到实体法规定的时候要看看相关的程序法。我们以合同法为例，合同法涉及到撤销诉讼和代位诉讼，代位诉讼这几年都有题目出现，只是方式不同。比如，去年的题目，债权人对次债务人提起诉讼，债权人的债务人对债权债务本身提出异议，而在审理中法院认为此异议能够成立时，应该如何处理？几个选项：一、裁定驳回起诉；二、判决驳回起诉；三、不予受理。那么，我们必须要知道合同法当中涉及的诉讼问题。而合同法司法解释中就有这么一条：“当债务人对债权债务提出异议时，那么对债权人的起诉应当裁定驳回起诉。”这里我们必须要知道三个关系，在合同法中规定了债权人、债务人和次债务人，代位诉讼是债权人对次债务人提出的诉讼，其中第三者就是债务人。债务人提出异议的规定需要结合实体法和程序法的规定。此处考核了两个问题：一、区分判决和裁定的使用；二、区分驳回起诉和不予受理的使用。在证据中的举证责任部分也涉及到实体法内容，比如“证据规定”这部分是最难的，而且每年都会考查到。第四条规定了若干侵权诉讼举证责任分配的情形。这些情形都和实体法有关：什么叫做共同危险；为什么饲养动物这种情形需要证明对方有过错或者第三人有过错；为什么建筑物倒塌只需要证明自己有过错不需要证明其他人有过错？我记得2003

年有一道题，说有一个花盆从楼上掉下来把一个人砸伤了，问举证责任由谁来承担，很多考生都回答应该由花盆的所有人或者管理人来承担。这恰恰是错的，因为被害人应当举证加以证明他被砸伤与花盆掉下来有因果关系。为什么会出错呢？因为考生没有弄清楚花盆掉下来的事实以及赔偿中的另一个条件即主观过错应当由谁来证明。可见凡是结合部分，大家都要反复复习，出题的比率在50%以上。出题的另一个思路有一些题目的表述往往是：“以下哪种观点/说法是正确的？”这类试题实际是以法条的表述或者说是辅导用书的表述为主，其中80%是以法条为主。基于此，法条是必须要背的。而如何背还是有一定的技巧的。不是每一条文都要背。这就要结合辅导用书对每一条文的原理的表述来理解记忆。所以，我建议大家在复习时一边看着辅导用书，一边看着法条，这样结合复习会加深对法条的理解。在此基础上，你即使不能完全记忆也会形成一种感觉，在考试答题中是非常重要的。而你如果没有复习到一定程度，就不会形成这种感觉。这跟我们打球需要反复练习是同一个道理。司法考试中每一道题反应的时间只有一两分钟，因此如果我们熟悉并理解了题目要考察的内容，我们就能快速地抓住题眼，从而顺利答题。每一位出题老师在出题时都会考虑每一道题包含了几个考点，比如一道题可能同时涉及管辖、裁判和诉三个考点，因此只有在理解了条文及其精髓的基础上，我们才有充分的能力把握试题。另外，在做这类选择题时我还可以给大家介绍一个技巧：如果你不确定正确答案，那么你就选择表述最长、文字最多的选择项作为正确的说法。原因很简单，之所以文字多就在于出题人为了表述准确，而把所有的条件和要求

都表述出来，最后选项自然就会很长。而短的表述往往显得很肯定，却很可能不周延，出现错误。但是，我还是要提醒考生，如果没有经过艰苦的复习，单纯依赖此方法，最后还是不能成功的。总之，司法考试的复习是有一定的规律可循的，上述总结是我作为出题人和我原来参加各种考试的一些体会和经验的总结。我要讲的就是这些，当然关于民诉部分的系统复习，还是需要考生经过一些科学的辅导。因为不同部分有不同的难点，而辅导老师能够帮助你把每一个难点解释清楚，帮助你完整、牢固的记忆。希望大家都能通过自己的努力，顺利通过司法考试！（本文系张卫平演讲稿，由中天学校提供，孙欣整理）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com