



法学专业实训课程系列教材 ■ 总主编 楼伯坤

民法学实训教程

CIVIL LAW IN PRACTICE:
RULES AND CASES

主 编 朱建农



浙江工商大学出版社
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

民法学实训教程

主 编 朱建农

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

朱建农 郭站红 王英鸽 应振芳
宋 杰 童列春 周蓍晖



浙江工商大学出版社
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法学实训教程 / 朱建农主编. —杭州: 浙江工商大学出版社, 2015. 5

ISBN 978-7-5178-0793-3

I. ①民… II. ①朱… III. ①民法—法的理论—中国—教材 IV. ①D923.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 002151 号

民法学实训教程

朱建农 主编

责任编辑 郑建

封面设计 王好驰

责任印制 包建辉

出版发行 浙江工商大学出版社

(杭州市教工路 198 号 邮政编码 310012)

(E-mail: zjgsupress@163.com)

(网址: <http://www.zjgsupress.com>)

电话: 0571-88904980, 88831806(传真)

排版 杭州朝曦图文设计有限公司

印刷 杭州五象印务有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16

印张 15.25

字数 297 千

版印次 2015 年 5 月第 1 版 2015 年 5 月第 1 次印刷

书号 ISBN 978-7-5178-0793-3

定价 39.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江工商大学出版社营销部邮购电话 0571-88904970

法学专业实训课程系列教材

总主编 楼伯坤

编纂委员会

主 任 楼伯坤

副主任 冯仁强 魏新璋 吴清旺

委 员（按姓氏笔画为序）

王 惠 叶肖华 朱建农 刘建明 苏新建

宋 杰 郑万青 骆梅英 谢治东

办公室主任 牛 强

总序

Prefore

法学乃应用之学科。中国的法学教育应该是学科教育还是职业教育,素有争论。我认为这种争论并没有太大意义。学科教育不是单纯的思辨教育,缺乏技术传授的教育其实也谈不上是教育;职业教育也不是单纯的技术教育,没有知识体系的技术教育只能算是经验传授。而高等教育的使命是让学生不仅要懂得一些知识,还要会将这些知识予以应用,并对社会产生积极影响。因此,作为一个完整的法律人才培养体制,法学教育既要注重通识教育,又要注重职业教育。处理好二者的关系,是法学教育健康发展的重要前提。长期以来,我国的法学教育既不重视通识教育,也不重视职业教育,而只偏重于专业知识的传授。教师采用演讲方式讲授系统的理论知识和成文法的具体规定,虽也穿插案例分析、模拟法庭等内容,但其目的是配合理论知识的讲解。貌似进行专业培养,实际上学生的知识面不够宽、法治理念不够牢固、法律素养不够高、实践应用能力不够强,导致学生毕业后适应法律职业所需要的时间比较长,与时代对法律专业人才的要求不相适应。这已成为中国法学教育的通病。

就职业教育而言,法学教育的目的就是要培养具有良好交往能力、自由思考能力、批判性思维能力以及健全的人格和人文关怀精神,融知识、能力与素质于一体的法律专门人才。因此,改变单一的知识传授和学术培养格局,更加注重学生知识面的拓展和法律实践应用能力的培养,是法学教育面临的迫切任务。这就需要根据法律职业的基本要求来调整人才培养计划、完善培养模式、改革培养方案、增加实践教学环节和内容,突出对学生“实践、运用和操作”能力和技能的训练,以提高学生观察问题、分析问题和解决问题的能力。只有这样,才能使学生在毕业后迅速适应法院、检察院、律师事务所和其他法律实务部门法律职业工作的需要。

提高法科学子的实践应用能力,实践教学是重要途径,也是法学知识与法律实践相结合的主要环节。教育部早在1998年就下发了《普通高等学校本科专业目录和专业介绍》及相关文件,明确规定法学专业的实践性教学环节包括:见习、法律咨询、社会调查、专题辩论、模拟法庭、疑案辩论、实习等。2007年教育部《关于进一步深化本科教学改革,全面提高教学质量的若干意见》进一步强调,“各高等学校要高度重视实践环节,提高学生实践能力,特别要加强专业实习和毕业实习等重要环节”,推动学生实

践活动的开展。然而,由于受传统教学理念和教学模式的影响,法学教育与社会实际的结合还停留在形式上,效果并不明显。为从根本上解决法科学生的职业适应能力和创新能力问题,2011年底,教育部、中央政法委联合启动了“卓越法律人才教育培养计划”,旨在建立法学院校与政法机关的联合培养机制,强化学生法律职业伦理教育和法律实务技能培养,提高学生解决实际法律问题的能力,促进法学教育与法律职业的深度衔接,为新形势下的法学教育工作指明了方向。

教材是实现教育功能的重要工具和媒介,是课程及教学内容的主要载体,也是实践教学课程改革的基础和先导。法学教材建设是法学教育永恒的任务,也是提高教学质量的重要环节。2005年教育部《关于进一步加强高等学校本科教学工作的若干意见》要求“加强教材建设,确保高质量教材进课堂……对发展迅速和应用性强的课程,要不断更新教材内容,积极开发新教材,并使高质量的新版教材成为教材选用的主体”,而且特别强调教材应当“具有中国特色、中国风格和中国气派”。教材的编写与选用是法学教学改革和发展的基础。但是,法学教材的编写套路一般比较固定,都是按照概念、特征、内容、原则、体系、理论争议等这样的思路下来,这就不能满足实践教学的需求。即使近些年新出版的教材既阐述原理,也分析案例,但总体上还存在原理与案例彼此分离、结合有限、对接困难的问题。因此,破解法学教育的难题,推进法学教学的实践化,教材起着相当重要的作用。

实训教材是指导专业应用技能培养的教科书,是长期实践教学经验的总结。浙江工商大学法学院是由原杭州商学院法律系和原浙江省政法管理干部学院合并组建而成的,其法学专业历史始于1979年,是浙江省内较早设立并招收、培养法学专业本科生的高等学府。多年以来,浙江工商大学法学院依托学校“大商科”的办学优势,积极探索实践教学的途径和方法。在实验教学方面,学院将法学专业课程中需要通过实验来讲授的内容,变成了学生自己动手参与教学的模式。借助两校合并带来的资源优势,学校于2003年3月投资30万元,并通过2005年省财政100万元的专项资助,建成了省内高校一流的“刑侦实验室”,主要承担刑事侦查学的教学任务。在刑侦实验室的基础上,又将与之关联的《法医学》课程纳入实验教学范围,“刑侦实验室”也扩展为“刑侦法医实验室”,面积达到了250平方米,主要承担《刑事侦查学》《法医学》《证据法学》等课程的课内实验教学任务。同时,以诉讼法为主体,开始引入诊所教学模式。法律诊所于2005年10月开业,由20多名经过严格选拔的优秀学生担任诊所律师,配备10名专业教师进行专门辅导,并且得到了律师事务所执业律师的技术指导,开展社会服务工作。为使诊所教育取得实效,学院从2006年开始,与美国太平洋大学麦克乔治法学院和美利坚大学华盛顿法学院合作进行了为期五年的“体验式法学教学”项目,在师资培养和教学方法习得方面取得了重大突破。2007年建成的以全新模拟法庭为标志的学生综合专业能力训练平台,使得法学理论知识与实践应用相结合,成为法科学生演练组织能力、反应能力和表达能力的重要场所。2009年学院成为“教育部法律执

业技能人才培养实验区”试点,又在整合实验室教学、诊所教学、模拟法庭和社会实践方面作了新的探索,提升了法律诊所教育、模拟法庭课程的位阶,融案例教学于全部实践性课程中,并以学生社团为基础组建法学社会实践小分队,形成了以实验、实训、实习和社会实践为主要环节的实践教学体系。这当中,实训课程的建设成为一项新的任务。因此,从2009年开始,学院以法学核心课程中应用性强的课程为重点,为本科学生开设了“民事法实训”“商事法实训”“刑(事)法实训”“行政法实训”“经济法实训”“民事诉讼法实训”“刑事诉讼法实训”和“行政诉讼法实训”等8门实训课,并着手编写讲义。经过3年多的教学实践,发现了一些课程在教学内容和训练方法上有一定的重叠,加之实体与程序分离,主讲教师往往将其引入了“理论+案例”的教学模式中,课程内容缺乏可操作性,学生的技术能力提高不快。经过调研和论证,学院于2012年初决定将原先8门实训课中的民事、商事和民事诉讼法合并为“民商事法律实训”,将刑事法与刑事诉讼法合并为“刑事法律实训”,将行政法与行政诉讼法合并为“行政法律实训”,并将法律谈判、调解等非诉讼程序和法律职业道德养成等纳入实践教学课程体系。2012年底教育部和中央政法委公布了“全国首批卓越法律人才教育培养基地”,浙江工商大学法学院成为浙江省属高校中唯一的“应用型、复合型卓越法律人才教育培养基地”,强化实践教学、深化教学效果、提升教学质量,又被推到了培养卓越法律人才的高度。在总结实践教学经验和广泛吸取国内外实践教学最新成果的基础上,浙江工商大学法学院决定编写这套面向21世纪高等学校法学专业的“法学专业实训课程系列教材”,以践行培养高层次应用型人才为目标的办学理念,为卓越法律人才教育培养作出积极的努力。整套教材内容广泛,涵盖了培养法律职业人才的专业技能和素质涵养的总体要求。在教材建设上,第一批出版的实训教材包括《刑事法律实训教程》《民法学法律实训教程》《行政法律实训教程》《调解技能与实践》《法律谈判的技能与实践》《法律职业道德实训》,根据法律职业类型和学生就业方向需要编写的侦查业务、检察业务、审判业务和律师诉讼与非诉讼业务等方面的实训教材也将陆续出版。

为确保教材编写质量,本套教材选聘了具有丰富实践教学经验的教师担任主编,并吸收了实务部门具有教学指导经验的专家参与编写,致力于打造品牌教材。本套教材具有以下几个方面的特色。一是定位适当、追求卓越。教材编写贯彻了法学院校与实务部门联合培养的要求,在法治理念、法律知识、职业伦理和职业技能上,与时代的要求相适应。二是形式多样、追求优质。根据实践教学课程的特点,采取灵活多样的体例形式,以“学以致用”为目标,争取教材功能在最大程度上得到优化。三是注重应用性,讲求实效。教材编写注重了知识点的应用和技能的可操作性,以满足学生熟练运用法律知识进行创新思考,独立解决疑难、复杂法律问题的能力。

我认为,本套教材同以往的法学实践类教材相比,在质量和层次上都有了新的提升,它既可以作为在校法科生的实训教材,也可作为在职法律人士业务培训的参考书。本套教材的出版,对于推进我国的法学教育特别是法学实践教学必将起到积极的作

用。当然,由于实践要求的多样性和编写人员涉足领域的有限性,这套教材也肯定存在许多不足和需要改进的地方,恳请读者提出意见和建议,以便于再版时修正。

楼伯坤

2013年7月20日

前言

Foreword

法学为实践之学科,部门法学尤其如此。德国学者 R. 齐佩利乌斯说:“法是对行为的规整。基于理论和实践的古典区分,这意味着:法律规范并不服务于对世界的认识,而是服务于对行为的调整。也就是说,法的最终目标是提供实践性的准则,即行为规范。”^①美国社会法学派之奠基人罗斯科·庞德倡言:“法律的生命不是逻辑,而是经验。”^②民商事法律是调整最基本的社会生活关系的法律,与一般人的社会生活和切身利益息息相关,因此,民商法学从总体上说是“形而下”的学科,这一学科之实践性无论在何种程度上被强调,均不为过。民商法的学习,如果脱离实践和实务训练,将是不完整的。

高等院校法学专业本科教学的目标是为国家培养高级法律专门人才。法学专业本科毕业生中,除少部分进入更高层级的硕士和博士研究生专业学习外,大部分直接进入有关机关或企事业单位从事法律专业实务工作,包括审判、检察和法律服务等。民商事法律专业实务工作是处理私人之间关系的工作,这些工作都直接关系到人们的利益。因此,法律专业实务工作对法律专门人才提出了很高的专业素质要求。为保证满足这种高素质的要求,国家对法律职业的进入设置了较高的门槛。

国家对法律职业进入门槛的设置,主要是实行法律职业资格证书考试制度。1980年全国人大常委会制定并颁布了《律师暂行条例》,为全面恢复中国律师制度提供了法律依据。根据这个《条例》的规定,取得律师资格,除了应当具备严格的政治条件外,还应当具备严格的业务素质条件。从1986年开始,实行律师资格全国统一考试,这一考试被戏称为“天下第一考”,可见其难度之大。此后又有初任法官和检察官资格考试制。2002年开始,上述“三考”合并为统一的国家司法考试,接受过大学本科及以上教育的人员,准备从事律师、法官、检察官工作的,必须首先通过上述资格考试,取得法律职业资格证书才能执业。2005年以后,担任公证员也必须通过统一国家司法考试。而上述考试的报考条件有严格限制,即首先须取得高等院校法律专业本科学历,或非法律

① 参见[德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第1页。

② 引自杨仁寿著:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第23页。

专业本科学历,并具有法律专业知识。

从事法律职业工作,首先须通过司法考试,取得法律职业资格证书,这在一定程度上提高了就业门槛,造成了法律专业毕业生的就业困难。不过,这个问题在 2008 年以后已经基本解决,从当年开始,在校本科学生也被允许报名参加国家司法考试,如果考试合格,待其取得毕业证书后,即可申请取得法律职业资格。这就缩短了大学本科毕业生走向工作岗位的路程,或者说是被允许提前起跑。

不过,国家司法考试并不能完全解决法律职业者的法律实务能力问题,通过了司法考试,也并不意味着当然具有足够的法律实务能力。法律实务能力,并不能够通过授予某种资格而获得,而是必须通过一系列法学教育制度的改革和教育措施的跟进,并且更重要的是通过法律实践才能提高。

我国高等院校法学教学,向来以传授法学理论知识为中心任务,大学生在校期间,不容易接触法律实务材料,更不容易参与法律实务的处理,大学毕业后往往需要经过一段较长的适应期,才能在法律实务领域独当一面地开展工作,从法学专业学生到法律职业者的角色转换比较缓慢。究其原因,与大陆法系国家重理论教学而相对地轻实务能力培养的传统不无关系。依据《国家中长期教育改革和发展规划纲要 2010—2020 年》的要求,在 21 世纪的第二个十年内,要坚持以人为本、全面实施素质教育的教育改革发展战略主题,着力提高学生服务国家服务人民的社会责任感、勇于探索的创新精神和善于解决问题的实践能力,着力提高学生的学习能力、实践能力和创新能力,教育学生学会知识技能,学会动手动脑,学会生存生活,促进学生主动适应社会,开创美好未来。高等院校本科法学教育也应以培养学生的法律实务能力为重点,改变过去那种一味要求学生背概念、啃理论、记法条的做法,根据法律职业需要,对学生进行实践、运用、操作和技能的培养和训练,增强学生观察、分析和解决法律实务问题的能力,使学生在毕业后能迅速适应法院、检察院、律师事务所和其他法律实务部门的法律职业工作。开设民商法实训课程,也正是为了使学生在完成大部分理论课程的学习后,提前接触实务,逐步掌握法律实务技能。

当代社会,民商事活动所涉范围极其广泛,大到跨国贸易、具有无穷“穿透力”的知识产权的全球化交易和保护等,小到婚姻家庭关系、邻里之间或家庭成员之间各类“鸡毛蒜皮”的纷争,无不受私法调整,可以说,商业交易关系渗透到社会生活的各个角落,不仅人民的私人生活,甚至政府本身的生存和有效运作,也须依赖市场为其提供基本的物质保障和条件,并受私法规则的调整。在如此广阔范围内的民商事活动,其各种各类关系之间,差异多于共性。如此错综复杂的生活关系,如此庞大而又有着悠久的历史源流的民商法律体系,已然使初学法律者望而生畏,而在仅仅经过两到三年的本科理论学习后,要求涉世未深的学生接受民商法律实务训练,的确是一件难事。因此,民商法的实训如何进行?应安排何种内容?应以何种形式展开?均是令人颇费踌躇的问题,这也正是作者在本教材的体系构建和写作之时深感棘手的问题。

以往的民商法实训大多以案例为先导,从案例分析中讲解具体的法律规范和原理,诚可谓是一种必要而有效的方法。此种方法形象生动,注重细节,使学生对法律规范和原理获得真切的认知和理解。不过,民商法实务训练尚有另一方面的任务。法律职业者在处理民商事法律实务时,不仅需要法律规范和法学原理有透彻的了解,还要善于调查了解案件事实并从中提取有法律意义的事实、善于准确把握当事人的真实意思、善于获取和运用证据材料、善于分析和准确确定法律关系、善于运用法律手段为委托人争取有利的法律地位、善于处理与各方当事人的关系、善于为当事人选择有利的解决争议的途径等,这些能力就不能够仅仅是通过案例分析获得。本教材在此认识的基础上,试图对民商事法律实务训练模式做出新的探索。就此而论,本教材是一本法律实务的启蒙教材。

既为实务教材,便不可强求理论体系的完整性,而是更注重经验的总结。本教材不追求完整介绍和系统分析民商法的实体问题,这项任务应交由民商法理论体系的书籍去完成。本教材也非就具体的民商事案例做深入的研究批判,这项任务应交由民商法案例分析的书籍去完成。本教材是站在一名法律职业者,特别是法律服务职业者的立场,探讨在实务工作中应当遵循的原则、步骤和方法,以及应当掌握的若干技巧和可以汲取的若干经验、教训。既然是经验、教训、技巧、方法等,就是非规范性的、因人而异的,但偶然中终究包含着必然,故而,作者自信这些经验、教训、技巧和方法具有普遍的借鉴意义。本教材各章节安排,以民商法实务中经常遇到的重大任务和主要环节为依据,结合实体问题和程序问题,并兼顾诉讼和非诉讼事务之共通性;选取的实例均为说明实务中的经验教训之目的服务,通过本书,希望达到润物于无声的效果。

本教材的作者均为具有一定理论功底和实务经验的教师和法官,教师中包括担任多年兼职律师的以及曾经担任过多年公证员的。教材共引用五十多项实例,均经作者精心挑选,大部分为作者亲自办理或参与办理的,或通过一定途径接触到的,本教材在概述案例事实时,尽力保证反映案件原貌,具有相当的真实性,每项实例均有评析,以点出关键问题,借以说明某种原理、原则、技巧、方法或经验和教训,更好地服务于教材目的。

本教材全体作者在写作过程中通力合作,不厌其烦地对书稿加以修改完善。在编写过程中,刘建明老师提出了很好的意见和建议。值此书稿完稿之际,谨向各位作者及刘建明老师致以崇高敬意和至诚谢意。同时,也感谢浙江工商大学出版社郑建先生为教材的出版所做的贡献。

本教材作者及写作分工如下(按编写章节排列):

朱建农(浙江工商大学副教授、浙江泽厚律师事务所律师):第一、二章

郭站红(宁波大学副教授、浙江同舟律师事务所律师):第三章

王英鸽(浙江工商大学讲师、浙江泽厚律师事务所律师):第四章

应振芳(浙江工商大学副教授、浙江君安世纪律师事务所律师):第五章

宋 杰(浙江工商大学教授):第六章

童列春(浙江工商大学教授):第七章

周菁晖(杭州市下城区人民法院民三庭副庭长):第八章

主 编

2014 年 10 月于杭州

目录

Content

第一章 民商事法律实训导论	1
引 言	1
第一节 民商事法律实训概论	3
第二节 法律服务职业者与当事人的关系	10
第二章 法律关系的发现	15
引 言	15
第一节 法律关系的发现对法律实务的意义	15
第二节 法律关系发现的对象	28
第三节 发现法律关系的基本步骤	40
第三章 请求权的确定	43
引 言	43
第一节 确定请求权类型	43
第二节 确定请求权基础法律规范	51
第三节 确定请求权关系主体	59
第四节 确定请求权范围	67
第四章 法律规范的寻找与适用	74
引 言	74
第一节 民商法法律渊源	74
第二节 法律规范的寻找与法律关系的确定	81
第三节 法律解释与法律关系的确定	90
第四节 法律漏洞及其填补	102

第五章 证据材料的收集、筛选和判断	109
引 言	109
第一节 证据对确定法律关系的意义	109
第二节 证据材料收集和保全的方法	120
第三节 证据材料的判断和运用	131
第六章 公证制度与民商事法律争议的解决	138
引 言	138
第一节 提存公证	139
第二节 强制执行公证	147
第三节 保全证据公证	152
第七章 民商事争议解决方案的确定	157
引 言	157
第一节 民商事法律争议的解决途径	157
第二节 预测法律争议处理结果	169
第三节 争议解决方案的可行性评估	173
第四节 争议解决方案的最终确定	178
第八章 民商事争议的诉讼解决	183
引 言	183
第一节 民事诉讼的庭前工作	184
第二节 民事诉讼中的证据运用	201
第三节 民事诉讼中的事实陈述和庭审辩论	209
附 录	
附录 1: 民事诉讼案件庭审笔录范例	220
附录 2: 司法解释文件名称与简称对照表	224
参考文献	226

第一章 民商事法律实训导论

引言

“民法”一词源于古罗马,古罗马当时的民法称为“市民法”(ius civile),是指仅适用于罗马市民的法律制度,其中包括私法和公法,区别于“万民法”(ius gentium)即仅适用于外邦人的法律。至3世纪(212年),因罗马统治者将“市民权”授予在罗马居住的全体自由人,致罗马市民与外国人的区别消灭,“市民法”与“万民法”的对立遂告消失。中世纪以后,因欧洲大陆各国研习罗马法,市民法成为罗马法的总称。近代以后,欧洲各国继受罗马法中的私法,制定民法典,民法遂与普通私法同其意义,以区别于商人法。中国“民法”的概念自日本汉字“民法”借用而来,日本的“民法”概念则移译自法国民法“droit civil”。^①

传统民法学一般均认为,民法是调整市民社会生活关系即私人生活关系的法。而所谓私人生活关系,系指与国家或社会之公共生活关系相对立之生活关系。在黑格尔看来,市民社会实质上是指与家庭和国家两面相对的私人经济活动领域。用黑格尔的话说,“市民社会,这是各个成员作为独立的单个人的联合,因而也就是在形式普遍性中的联合,这种联合是通过成员的需要,通过保障人身和财产的法律制度,和通过维护他们特殊利益和公共利益的外部秩序而建立起来的。”^②然而,何谓国家生活关系或公共生活关系,其与私人生活关系究竟有何种联系,本身即为一个未决的问题。^③我国民法学通常以平等主体之间的财产关系和人身关系来概述民事生活关系,然而何谓平等主体,也是值得进一步加以阐释的。

现代民法规则形成的源头,可以追溯到人类社会的早期阶段。马克思、恩格斯描绘了商品交换规则和私法产生的历史过程:“商品交换是在共同体的尽头,在它们与别

① 参见梅仲协著:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页。

② 参见[德]黑格尔著:《法哲学原理》,商务印书馆1961年版,第174页。

③ 参见史尚宽著:《民法总论》,台北1980年版,第2页。

的共同体或其成员接触的地方开始的。”“交换的不断重复使交换成为有规则的社会过程。”^①“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^②“私法和私有制是从自然形成的共同体形式的解体过程中同时发展起来的。”^③拉德布鲁赫在论述私法的产生和发展时,以另一种方式表达了私法规则由古到今的历史继承性:“国家意志赋予私法以约束力,这个意志起初是一个古老帝国的意志;接着是单个邦国的意志,先是许多邦国的意志,然后是几个邦国的意志;起初是绝对君主制邦国的意志,然后是立宪国家的意志;这以后又是一个新的帝国的意志,起初是一个皇权帝国的意志,随后是一个共和国的意志——但这些意志的内容实质上始终不过是同样的,始终是在私人所有权、契约自由、一夫一妻制和继承权基础上建立其私法秩序。”^④国家制度产生后,民事交易的规则被制定为国家的法律规则。因此,私法的规则并不能背离社会基本的经济生活规律。

在市场经济高度发达的当代社会,民商事交易关系已渗透到社会生活的各个角落,大到跨国贸易、具有无穷“穿透力”的知识产权的全球化交易和保护等,小到婚姻家庭关系、邻里之间或家庭成员之间各类“鸡毛蒜皮”的纷争,无不受私法调整;不仅人民的私人生活,甚至政府本身的生存和有效运作,也须依赖市场为其提供基本的物质保障和条件,并受私法规则的调整。

本科学生经过几年的专业学习,已接受了民商法理论的系统教育,如果将具体的民商法理论问题摆在其面前,对于一名刻苦勤奋而学业有成的学生而言,将问题分析得头头是道可能并不是一件困难之事,然而,若将一项具体的法律事务(如一个诉讼案件,或一项非诉讼法律事务)交由其处理,却往往使其感到举步维艰,甚至茫然不知从何处入手。此种情况的存在,对于刚刚步入法律职业之门的大学毕业生而言,应属正常现象。而所谓正常现象,反映的正是现今高等院校法学教学体系普遍存在的问题,即法学专业教学存在着重理论而轻实务的问题,因而,以进一步加速提高本科学生实务能力,尽量缩短其步入职业行列之过程为计,使学生尽早了解法律实务的操作方法,接受实务技能的训练,培养法律职业敏感,诚为理所应当。

① 参见[德]马克思著:《资本论》(第一卷),人民出版社1975年版,第106页。

② 参见[德]恩格斯著:《论住宅问题》,《马克思恩格斯选集》(第二卷),人民出版社1972年版,第538页。

③ 参见[德]马克思、恩格斯著:《费尔巴哈》,《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社1972年版,第70页。

④ 参见[德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健译,法律出版社2012年版,第65页。

第一节 民商事法律实训概论

一、民商事法律实务概述

1. 民商事法律实务的意义

所谓民商事法律实务,即民商事法律业务,是作为法律职业者专门从事的法律业务。

马克思恩格斯指出:“一切人类生存的第一个前提也就是一切历史的第一个前提,这个前提就是:人们为了能够‘创造历史’,必须能够生活。但为了生活,首先就需要衣、食、住及其他东西。因此第一个历史活动就是生产满足这些需要的资料,即生产物质生活本身。同时这也是人们仅仅为了能够生活就必须每日每时都要进行的(现在也和几千年前一样)一种历史活动,即一切历史的基本条件。”^①人类社会的生产活动不是孤立的个人的活动,而是社会的活动,即人们共同进行的活动。在法律产生后,人们在这种生产活动中发生的关系,也必然要受到法律的调整。

人们在生产活动中,既有相互协作,又有相互交易。就单个生产过程而言,人们必须相互协作,才能共同完成这一过程,孤立的个人往往力所不逮。就社会经济的循环而言,在劳动的社会分工基础上发展起来的商品经济社会中,生产不是为了满足生产者自己的需要,而是为他人生产。只有当生产者的产品被他人所接受,即顺利完成产品的交换,社会生产的目的才能实现,社会经济循环才能完成。因此,生产中的协作和生产成果的交换,本质上具有同一性。在协作和交换的过程中发生的各种社会关系,均为民商事关系,均由民商法加以调整。因此,任何人一旦参与社会经济生活,无不需从事民商事活动,从而也无不需要受民商事法律的调整,民商事活动也就成为基本的社会活动。从这一意义上说,民商事法律实务是每一个人必然要参与的社会活动。法国学者称“宪法是国家的原理,民法是社会的原理”。而日本学者也认为“国家的相关事情由宪法来表述,与社会相关的事情由民法来表述”。^②在国家与社会这种传统的两分法的前提下,这种看法有其合理性。民商事法律实务涉及的内容非常广泛,可以说,民商事活动的范围以及法律为当事人提供保护的范围有多广,民商事法律实务

^① 参见[德]马克思、恩格斯著:《费尔巴哈》,《马克思恩格斯选集》(第一卷),人民出版社1972年版,第32页。

^② 参见[日]星野英一著:《民法的另一种学习方法》,冷罗生、陶芸、黄育红译,法律出版社2008年版,第45页。