
法学硕士考研指导

民商法学专业

◎本书编写组

本书针对北京大学、中国人民大学、中国政法大学、华东政法学院等著名高校法学各主要专业招生的特点和要求，依据法学硕士研究生入学考试的实际需要组织编写。本书共有5分册，每分册均由两部分组成：热点问题综述部分有助于考生准确把握本专业领域最新研究成果和发展动态；全真试卷分析部分收集各校最新试题，加以精解和分析，每道题都附有解答参考资料，给考生提供复习思路和答题技巧。本书具有较强的针对性和广泛的适用性，可以帮助考生全面掌握教材之后向纵深发展和重点突破，提高效率与效果，对于考研笔试及复试都有着重要的参考作用。

法律出版社

法学硕士考研指导

民商法学专业

本书编写组

法律出版社

编写说明

就法学这个学科的研究而言,既需要兼通中西的深厚法学理论功底,也不能脱离对当今社会变革的关注。而单就一种针对法学研究生入学考试的应试性学习而言,在短短一年甚至半年的短暂时间内做到富有成效的复习,成为摆在大多数考生面前一个棘手的问题。

法学硕士研究生入学考试具有与许多考试完全不同的特点,具体表现在:各专业试卷采取的是单独命题,各校风格迥异,为了深入考查学生的理论功底和逻辑思维能力,出题和解答具有相当的开放性;法学硕士研究生入学考试不仅需要考查应试者掌握本专业学科基础知识的牢固程度,还要求他们了解和把握本专业的最新理论发展动态。针对法学考研的实际特点和广大考生的现实需求,经过编者的努力,这套《法学硕士考研指导》最终呈现在万千考研学子面前。

从今年开始,研究生入学考试由五门减为四门,按照教育部的指导性意见,要求提高复试在录取中的重要性,因此,本书结合考研实际,对内容及体例作了精心编排,以提高考生复习的针对性。

第一部分热点问题综述,本部分对于报考任何一个法律院校研究生的考生的复习参考都具有适用价值,也只有这一部分在全国法学硕士研究生入学考生复习中具有共同性。因为它以法学各个专业的最新理论研究热点为主干,精心挑选和收集了各个专业最近三年内的重要学术论文和学术观点,有助于考生准确把握本专业领域的最新热点问题。对于考生在复习各校指定教材时如何把握重点,以及解答具体问题时拓展思路都有着极为重要的指导作用,达到事半功倍的复习效果。

第二部分全真试卷分析,收集了2000年至2002年京沪两地四校三年的全真试题,并附有答案和解析,弥补了同类资料或出版物大多只提供真题而无解答的缺憾。尤其需要说明的是,这一部分的编写者均是法学硕士研究生考试的佼佼者,他们尽量运用考试当时所能收集的资料,以体现语境化的原始答题思路,使得试题的解答具备了准确的概念表述及严密的逻辑体系。在每道题之后都附有解答参考资料,可以使考生在复习之余广泛涉猎。本部分的价值更多的体现在给考生提供一个学习思路,一个考试的答题方法。

本书具有较强的针对性和广泛的适用性,可以和各校的指定教材相辅相成,同时应用,对于考研笔试和复试的准备都能有着重要的参考作用,有助于考生在全面掌握教材之后向纵深发展和做重点突破。

在编写时,我们参阅了众多资料,对于这些惠助,在此一并致以谢意。

为法学硕士考生编写一本确有助益的复习辅导用书,一直是我们的愿望,但由于时间仓促,本书可能存在诸多不足,有待于广大考生的指正,以期日后加以完善。

期待着您的成功!

本书编写组

目 录

第一部分 热点问题综述.....	(1)
一、民法总论	(1)
(一)民法的调整对象和本质	(1)
(二)民法的性质	(1)
(三)民事主体制度	(2)
(四)民事法律行为	(5)
(五)代理	(5)
(六)民事责任及民事责任能力	(6)
二、物权法	(7)
(一)物权法基本范畴	(7)
(二)物权行为	(7)
(三)用益物权	(9)
(四)担保物权	(10)
(五)占有	(12)
(六)不动产物权法	(12)
(七)物权变动	(13)
(八)不动产善意取得制度	(13)
(九)物权法制定中的热点与争点	(13)
三、合同法	(15)
(一)立法国际化与本土化的统一	(15)
(二)《合同法》中义务的扩张	(15)
(三)合同的成立与生效	(16)
(四)缔约过失责任的请求权基础	(16)
(五)严格责任原则	(17)
(六)我国《合同法》的基本原则	(17)
(七)违约归类原则	(18)
(八)主合同变更对担保责任的影响	(18)
(九)无权处分	(19)
(十)买卖合同	(19)
(十一)涉他契约	(20)
(十二)所有权保留	(21)

(十三)电子合同	(21)
(十四)赠与合同	(21)
四、侵权行为法	(22)
(一)侵权行为法在民法典中的地位	(22)
(二)侵权行为法一般条款	(22)
(三)侵害民事权益的精神损害赔偿	(23)
(四)环境侵权	(24)
五、知识产权	(24)
(一)知识产权的一般问题研究	(24)
(二)TRIPS 协议、其他知识产权协议以及国内法的修订	(25)
(三)网络技术对知识产权的全面挑战	(25)
(四)著作权研究	(25)
(五)商标权研究	(27)
(六)专利权研究	(28)
(七)关于商业秘密的研究	(28)
(八)知识产权中的平行进口	(28)
六、商事主体制度及基本原则	(29)
(一)商事主体制度	(29)
(二)商法基本原则的含义与意义	(30)
七、公司法	(30)
(一)《公司法》之修改	(30)
(二)公司法人治理结构	(31)
(三)现代公司制度之法理分析	(31)
(四)公司治理结构	(32)
(五)如何完善公司法律制度	(32)
(六)对与公司交易的第三人利益的保护	(32)
八、证券法	(33)
(一)证券法立法指导思想之缺陷	(33)
(二)上市公司收购的基本原则	(33)
(三)股东权的保护	(34)
(四)证券民事责任	(35)
九、票据法	(36)
(一)票据的善意取得	(36)
(二)票据利益返还请求权	(36)
(三)票据代理与伪造背书	(36)
(四)票据时效与票据保全时效	(36)
(五)票据权利的对价问题	(37)
十、破产法	(37)
(一)规范破产	(37)
(二)破产法之修改建议	(38)

(三)关于相对破产立法模式及其他	(38)
十一、保险法	(38)
(一)复保险	(38)
(二)海上保险委付行为的法律性质	(38)
(三)人身保险合同中的法律问题	(39)
(四)再保险合同之研究	(39)
(五)推定全损与保险委付	(39)
(六)存款保险制度	(39)
(七)保险监管	(40)
十二、海商法	(40)
(一)海商法之修订	(40)
(二)提单物权效力	(40)
(三)首要条款	(40)
附:主要参考书目	(41)
第二部分 全真试卷分析	(42)
一、北京大学	(42)
2000 年民商法专业试卷及解析	(42)
2001 年民商法专业试卷及解析	(49)
2002 年民商法专业试卷及解析	(54)
2002 年综合试卷及解析	(60)
二、中国人民大学	(73)
2000 年民商法专业试卷及解析	(73)
2001 年民商法专业试卷及解析	(78)
2002 年民商法专业试卷及解析	(83)
2002 年综合试卷及解析	(90)
三、中国政法大学	(100)
2000 年民商法专业试卷及解析	(100)
2001 年民商法专业试卷及解析	(107)
2002 年民商法专业试卷及解析	(115)
2002 年综合试卷及解析	(121)
四、华东政法学院	(128)
2000 年民商法专业试卷及解析	(128)
2001 年民商法专业试卷及解析	(140)
2002 年民商法专业试卷及解析	(152)
2002 年综合试卷及解析	(165)

第一部分 热点问题综述

一、民法总论

(一) 民法的调整对象和本质

民法的调整对象是民事生活关系。此所谓“民事生活”相当于马克思在其著作中讲的“市民社会”。民事生活可分为两个领域,一个是经济生活,另一个是家庭生活。如果讲关系,一个是经济生活关系,另一个是家庭生活关系。两类关系都是人与人之间的关系,不能说哪一类是人的关系,哪一类是物的关系。经济关系也是市场上或经济生活当中的人相互之间发生的关系。规范两类关系的规则,绝无优劣高低之分。学说上的所谓人法与物法的划分并没有严格的科学依据,严格说来都是人法。我们现在讲人格权很重要,因为没有人格权就不是真正的人,这当然有道理。但不能因此轻视财产权,认为财产权不重要。可见,从民法的调整对象来看,我们绝不能分出哪部分重要,哪部分不重要。因此,民法典的结构和编排不能以所谓重要性为标准,只能以逻辑性、体系性为标准。这里的逻辑是指生活本身的逻辑和法律概念的逻辑。民法是行为规则兼裁判规则。民法典和民事法律绝不仅是宣示某一重要性,宣示某一种政策,某一种价值取向,它是为法院裁判民事案件制定的裁判标准。因此,我们制定民法典一定要以保障裁判的公正性和统一性为首要目标,什么样的结构和模式有利于保障裁判的公正和裁判的统一,就采取什么样的结构和模式。民法的基本原理是意思自治,这是由民事生活本身所决定的。意思自

治绝不仅仅体现在合同法,它在物权法上也有充分的体现。一个人对物享有所有权,他作为所有权人可以完全按照自己的意思来占有、使用和处分他的所有物,并排除一切干涉。这是意思自治在物权法上的体现。意思自治在继承法上的体现是遗嘱自由,一个人可以决定自己的死后财产的归属。在家庭生活领域更不用说,结婚、离婚与收养,哪一样是可以由他人干涉的呢?这就充分体现了意思自治^①。

(二) 民法的性质

民法的性质表现在四个方面:民法是市民社会的法;民法是私法;民法是实体法;民法体现了商品生产和商品交换的一般条件。其中市民社会的法是民法性质的集中体现。第一,民法是市民社会的法。任何人都扮演着两种角色,具有双重身份。一方面作为市民社会的人参与市民社会的关系,另一方面又作为政治社会的人参与政治国家的关系。规范市民社会关系的法律就发展成为民法,它以保护市民社会中人的权利即私权为己任;而规范政治社会关系的法律就是公法;它以保障国家权力的行使为目的。尽管人总是既要参与市民社会的关系,又要参与政治国家的关系,然而市民社会是其生存之本,市民社会中权利的享有与保障对于一个民主国家来说是至关重要的。需要提出的是,政治国家的权力从根本上说不是为国家而存在,

^① 参见梁慧星:《关于制定民法典的思考》,载《人民法院报》,2000年2月5日。

而是为市民即民众而存在的,国家行使公共权力不过是为了更好地实现和保障市民社会的权利,市民权利与政治权力的关系是本与末的关系,万不可颠倒。同时,在法治体系尚未尽善尽美的情况下,政治权力的膨胀与扩张必然会导致对私权的挤压与限缩,使政治权力成为凌驾于市民权利之上的强暴工具。所以,必须在对政治权力、市民权利进行正确定位的基础上,充分发展和完善市民社会,这是实现经济民主进而实现政治民主不可或缺的前提条件。第二,民法是私法。进入20世纪后,公、私法之分的传统日趋动摇,公法与私法由明确划分走向相互渗透,但绝不意味着相互取代,法律社会化也好,私法公法化也罢,都只说明公、私法之间的界限不再像以前那样清晰了,但公法与私法的划分仍然是可行的、基本的法律分类,公法就是公法,私法就是私法,不能过分强调二者之间的渗透与交叉而否定二者的本质区别。第三,民法是实体法。民法之内容在于规定私法主体的市民社会交往中具体的财产与人身方面的权利义务,故属实体法。第四,民法体现了商品生产和商品交换的一般条件。按照经典经济学的分析,可以综合出商品生产与商品交换的一般条件,即:社会分工;身份独立;交换自由。而民法既是直接在这种商品生产和商品交换的基础上产生的,又反过来最直接地促进了这种商品生产和商品交换,所以说民法体现了商品生产和商品交换的一般条件^①。

(三)民事主体制度

1. 对自然人概念的反思

我国清末以来,移植西方民法,曾使用自然人一词。1949年建国以后,中国民法一直以“公民”来表述民事主体,至1986年《民法通则》中再次出现自然人,以“公民(自然人)”来表述民事主体,直至1999年在《合同法》中完全的使用了“自然人”的概念,这种表述上的变化引起了许多学者的兴趣。有学者认为,我国《合同法》中对自然人独立地位的确

认标志着私法与私权的观念在中国的复兴已经达到了一定的阶段。在西方语境中,民事主体的现实基础是市民社会中的市民。西方社会从社会契约论的角度来认识市民:自然状态中自然人享有自然权利,自然人带着这些权利步入市民社会,国家只是为了保障个人权利而存在。所以,在民法用“自然人”表述民事主体蕴涵着天赋人权的价值理念。自然人与自然状态、自然权利、社会契约论有关,它隐含着“市民社会高于国家”的自由主义思想。私法、私权是与此共生的现象,缺少这些内涵,私法是不可想像的。建国以后,我国民法借鉴了苏联民法“公民”的概念,从“市民”到“公民”这实际上是一个“去私”的过程。其理论基础是:随着国家的消亡,自然人和政治人、人权和公民权将会并为一个整体……这将是真正自由的领域。而实际结果是,政治人最终在“复归”的路途上消灭了自然人,将自然人全部改造为政治人。而自1986年《民法通则》到1999年《合同法》自然人的重新浮现,标志着“私”概念的回归。民法是商品经济的产物,并且是它的基本规则,发展商品经济必然要恢复民法(传统市民法,而不是公民法),1986年颁布《民法通则》正迎合了这一需要。对于长期处于国家与市民社会混淆不分的社会来说,当务之急就是将“市民”从“公民”的状态中解救出来,在民法上就是要首先确立民事主体自由平等的主体资格。而到《合同法》中第一次在基本法律中承认“自然人”的独立地位,“公民”彻底隐退。正说明了我国“私法”和“私权”观念复兴的另一阶段。^②

2. 对法人制度的研究

2001年对法人的研究主要集中在对法

^① 参见梁慧星:《关于制定民法典的思考》,载《人民法院报》,2000年2月5日。

^② 参见朱晓喆:《“公民”抑或“自然人”?——对民事主体的价值观念研究》,载《华东政法学院学报》,2001年第1期。

人内涵的重新思考。

有学者研究了法人运动与第二次法律革命,分析了作为法人运动与社会公众运动“对话场所”的社团和作为制衡法人运动的另一种经济力量的合作社,指出公司伦理与关民理论(关系人理论)是构成现代法制的伦理基础。从西方法制史来看,自18世纪下半叶开始,公司等企业组织形式纷纷出现,到19世纪末,才开始获得法律的承认,——曰“法人”。但作为“法人”,公司等组织并不会由于法律制度上将其设计为“商人”而湮没在“私法”的“市民”中,而是作为人类社会的“有机物”获得了生命力,甚至对“私法原则”和人类新社会机构构成了强有力的挑战。法律由此以“社会本位”为理念,开始出现了所谓的现代法制,出现了所谓的“社会法”。法人运动的充分开展,带来了诸多社会问题,为了克服这些社会问题,劳工运动、消费者运动、环保运动、经济“民主化”运动等社会公众运动也纷纷展开,作为法人运动与社会公众运动的“对话场所”,有效地整合了社会资源。由于以公司为典型的“营利性”法人纷纷崛起,同时使得社会等级由“身份决定”走向了“资本决定”,合作社作为制衡法人运动的另一种经济力量,有效地奠定了近代法制向现代法制转换的物质基础。关民理论,是指一家公司的存在不仅得益于股东的投资,还得益于公司关系人——上游的原材料供应商,下游的批发商、债权人以及消费者,劳工、社区等,因此公司的所有权不仅仅为股东所有,所有关系人都有一定程度的“处分权”,关民理论成为了环境法、社会保障法、消费者权益保护法、反垄断法中有关制度的法律基础。

还有学者认为:法人独立责任一直被视为法人独立人格的必然附随产物,这种观念制约了我国法人制度的发展步伐,法人独立人格不等于法人责任的必然独立。

也有学者认为:法人是一种团体人格,其人格的取得以独立财产和独立意志为必要和充分条件,法人的实质为法律组织体。

3. 对合伙的研究

有学者认为,合伙企业虽然兼有人合性和资合性,但本质上仍是一种人合企业。人合企业特有的财产共有关系、合伙经营关系和连带责任关系,决定了合伙企业的权力能力和行为能力都没有完全与合伙人分离,即合伙企业没有独立的法人资格,这是配置合伙企业内部权力的法律基础。合伙企业是人格相互独立、处于平等地位的各合伙人之间共同出资、共同经营、共享收益、共担风险的利益共同体。作为利益共同体独立成员的各个合伙人自然拥有对合伙企业事务直接的民主管理权力,都可充分平等参与合伙企业事务管理。这是合伙企业内部权力的平等配置机制;我国《合伙企业法》对合伙企业内部权力的配置只是结构上的设计,这种设计还具有多样性和选择性,因此,合伙企业内部权力的配置机制较为灵活。在此基础上,提出了我国合伙企业内部权力结构构成:(1)决策权。合伙企业的决策是各合伙人通过决议方式对合伙企业事务作出的决定。(2)执行权。根据我国《合伙企业法》的规定,并结合合伙企业业务执行活动的发展需要,合伙人拥有的对合伙企业事务的执行权力可通过以下四种方式实现:①共同执行;②委托执行;③分别执行;④授权执行。(3)监督权。由于合伙企业没有专门的监督机构,其内部监督权依法只能配置给合伙人来行使。合伙人拥有的监督权力可通过以下五种方式实现:①检查执行情况;②审议报告;③查阅账簿;④提出异议;⑤撤销委托。^①

在合伙企业存续期间,合伙企业对合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益享有相对独立的财产权,合伙人对于合伙企业所享有的权利则类似于公司法上的股东权,它是一种概括性的权利,因此有学者称其

^① 参见冯果、雷兴虎:《合伙企业内部权力配置结构初探》,载《武汉大学学报(社会科学版)》,2001年第3期。

为“财产份额权”。并认为是我国合伙企业立法上的一项独特设计。以法权形式存在的合伙人的财产份额,具有以下法律特征:(1)财产份额属于一种抽象的权利。(2)财产份额属于合伙人的一项权利财产。(3)合伙人的财产份额代表了合伙人的身份。该权利在依法转让、质押和继承中,既有权利财产的特性,又有合伙人的身份特性:第一,在财产份额的转让中,由于合伙企业具有很强的“人合”色彩,因此,合伙人的财产份额不是一种可由所有者任意转让的财产权利。合伙人转让其在合伙企业财产中的财产份额,根据不同情况,产生以下四种法律效果:(1)相当于转让人退伙而受让人入伙;(2)相当于转让人退伙而受让人增加财产份额;(3)转让人减少财产份额而受让人增加财产份额;(4)转让人减少财产份额而受让人入伙。第二,关于财产份额的质押,《合伙企业法》规定,经其他合伙人一致同意,合伙人可以其在合伙企业中的财产份额设立质押担保。这种以合伙人财产份额设立的担保只能局限于权利质押的方式。第三,财产份额的继承。合伙人的财产份额既代表了合伙人对合伙企业享有的经济利益,同时又代表了合伙人参与合伙企业经营管理的资格。因此,对合伙人财产份额的继承,将产生两种不同的法律效果:其一,依照合伙协议的约定或者经全体合伙人同意,从继承开始之日起,继承人即取得该合伙企业的合伙人资格。这实质上相当于继承人作为新合伙人而加入合伙企业的情形。其二,继承人不愿成为该合伙企业合伙人的,合伙企业应退还其依法继承的财产份额。这实质上是合伙人法定退伙的情形之一。^①

还有学者强调合伙债务与合伙人个人债务区分意义,并在考查合伙人对合伙债务承担形式立法例的基础上,详细论证合伙人对合伙债务适用无限连带责任的合理性。合伙债务与合伙人个人债务的区分意义在于:第一,当合伙债务与合伙人个人债务同时存在,合伙的债权人和合伙人个人的债权人都

要求以合伙人个人的财产和他在合伙财产中的应有份额来满足其债权的实现时,如何确定债务履行的先后顺序。第二,明确合伙人与合伙的权利、义务和责任的主要依据,因为合伙债务与合伙人个人债务在实践中经常容易搞混,在很多情况下是与合伙协议不能明确界定合伙利益和合伙人个人利益,及多头执行合伙业务而又没有健全的财务账册,合伙人常借合伙名义谋私利,尤其是由多头执行所产生的债务,难免会出现合伙组织与合伙人个人互相推托,从而损害债权人利益的情况。对于合伙债务的承担形式,主要有三种立法例:第一,分担(分割)无限责任,是指各合伙人对合伙债务,仅就其分担部分负无限清偿责任。第二,连合分担无限责任,合伙人按股份分担,如合伙人中有无力清偿者,应由其他人按股份分担偿还,即连合分担。第三,无限连带责任,即各合伙人对合伙债务,除以合伙财产负责清偿外,还应以个人单独所有之财产负责,同时合伙人对合伙组织的全部债务应负共同责任,即连带责任,将无限连带责任作进一步划分,又有无限并存连带主义。^②

4. 抽象人格论

抽象人格论是西方法律思想史上的重要成果,其最早在古罗马、古希腊法学家的自然法思想中孕育,历经千年最终由近代人文主义思想家、法学家正式创立,再由现代西方法学家、社会学家对之进行完善而使之成熟,它已经成为西方民事主体制度的理论基石。改革开放的中国应当吸收和借鉴西方法律思想中的优秀成果,引进抽象人格论来改造我国的民事主体制度,这是制定中国民法典的基础理论工程之一。在抽象人格论的指导下,以公民、国有集体法人、个体私营法人等公法

^① 参见钱玉林:《合伙人的财产份额及其相关的几个法律问题》,载《河北法学》,2001年第3期。

^② 参见蒋慧:《合伙债务的法律思考》,载《广西政法管理干部学院学报》,2001年第1期。

主体以及“两户一伙”、“联营”等特殊主体为标志的现行民事主体制度,必将改造成为自然人、法人、其他组织等私法主体为标志的现代民事主体制度^①。

(四)民事法律行为

对民事法律行为的探讨主要集中在概念的本身,有学者考查了法律行为的特异现象,即其效力的发生是按照当事人意思表示的内容,而非法定的内容;其效力的保障是以社会公力的协助为主,私力自救为辅。显然,意思表示作为效力要素的现象是法律行为独具的特异现象,并由此提出了法律行为的实质就是按当事人意思表示的内容设立权利、义务关系的意效行为。这种意效的实质决定于法律行为本身所固有的合理性,即其主体的自主性、客体的广泛性、内容的对等性、基础的信义性、关系的平等性、原则的公平性、方式的自由性、目的的互惠性、后果的责任性、结果的社会有益性之总和。法律行为从其社会发展的实在性角度而言,实可谓意效行为,但从其对社会作用的本源性角度而言,其本质亦可谓自由调整平等人身、财产关系的自治手段。这种意效的实质即自治的本质,决定着法律行为的根本性质——设权性,即能按当事人意思表示的内容设立权利、义务关系的属性以及其受社会公力协助的特优地位和其与人类发展共存的永恒性。因此,该学者指出,法律行为的本质是自由调整平等人身、财产关系的自治手段,并建议修改《民法通则》第54条的规定,不以合法性为要素,而是将法律行为定义为“能按当事人意思表示的内容设立、变更、终止权利、义务关系的行为”^②。

有学者以公平价格理论为切入点,从历史考查和比较法的角度分析了非常损失规则发展到暴利行为、显失公平制度的历史背景和思想基础,认为我国关于乘人之危和显失公平的立法,应该是渊源于德国民法典、苏联民法中的暴利行为和我国台湾地区“民法”中的显失公平制度。从非常损失规则和暴利行

为制度的历史发展脉络中不难发现,它们都是通过关注合同当事人之间对待给付的价值平衡问题,从一个特定的角度来实现合同的公正。显失公平不是给付之间的纯粹不均衡,它还必须是一方当事人利用了对方的劣势地位。不过,显失公平的首要构成要素还是其客观性表征(即给付之间的明显不均衡),所以,其最终落脚点还是在于法律行为标的的妥当性。也就是说,显失公平属于标的不合法的范畴。至于乘人之危,正确的理解应该是它必然包含一方处于危难或急需的境地以及他人加以利用两个要素。如果仅仅在客观上存在危难情势,那么就不能据此认定该情形中成立的法律行为应受法律的规制,否则交易安全难以保障。由此可见,乘人之危和利用对方的无经验、轻率一样,都只是显失公平主观构成要件的具体表现形式而已,其核心问题仍然在于它们客观上导致了合同内容的显失公平。在此基础上,乘人之危只是显失公平主观构成要件的一种具体表现形式,法律没有必要将其作为意思表示的瑕疵予以单独规定。^③

(五)代理

有学者对代理行为法律后果的归属模式进行了比较研究,指出我国《合同法》对代理,特别是间接代理行为法律后果模式的选择,不同于大陆法系和英美法系的规定,而是采取了《国际货物销售代理公约》的规定,在各国立法实践中尚属首次。大陆法系国家的代理法建立在“区别论”的基础上,在代理关系中委托与授权应当严格区别,委托是本人和代理人之间的内部关系,授权是指代理人代表本人与第三人订立合同的权利,是代理合

^① 参见曹新明、夏传胜:《抽象人格论与我国民事主体制度》,载《法商研究》,2000年第4期。

^② 参见宋炳庸:《法律行为的实质与本质》,载《法学杂志》,2001年第2期。

^③ 参见徐涤宇:《非常损失规则的比较研究——兼评中国民事法律行为制度中的乘人之危和显失公平》,载《法律科学》,2001年第3期。

同的外部关系。在区别论的基础上,大陆法将代理划分为两种:直接代理和间接代理。英美法的代理制度建立在把本人与代理人同等看待的“等同论”的理论基础上,并在其判例法中区别三种情况确定代理行为的法律后果:(1)代理人在与第三人订立具体交易合同时,同时表明代理身份和本人的姓名;(2)仅仅表明代理身份,但是不指出本人的姓名;(3)既不指出代理身份,也不披露本人的姓名。虽然两大法系在代理理论方法的分歧根深蒂固,但是并不妨碍《国际货物销售代理公约》对两者所做的协调。我国《合同法》对代理的规定就基本采取了《国际货物销售代理公约》的规定,这一模式的确立具有超前性和科学性。^①

(六)民事责任及民事责任能力

有学者指出,自然人的民事责任能力系指对其实施的不法行为承担民事责任的资格或能力,有民事责任能力者(含有限民事责任能力者),须对其不法行为所致损害于其民事责任能力范围内负相应的民事责任,无民事责任能力则不负民事责任,其行为所造成的损害由其亲权人或监护人承担。自然人有无民事责任能力,不应以能否“独立”地对其行为承担民事责任为条件,纵使另有他人须对其行为负前位责任,补充(或连带)仍不妨碍其自己有相应的民事责任能力。至于判断标准,应以意思能力确定的民事行为能力状况为一般标准,同时为贯彻公平原则并减轻监护人负担,还应以不具相应民事行为能力人的财产状况为例外判断标准。民事责任能力与民事行为能力的区别为:(1)设立目的不同。法律规定民事行为能力目的主要在于使主体可以按照自己的意志为法律行为,以追求实现和保护自身利益而设——;而民事责任能力在于使主体对其违法行为所造成的损害后果承担民事责任,保护他人和社会的利益。(2)解决的事项不同。民事行为能力针对行为人有识别力与判断力地实施法律行为而设,是决定民事行为是否有效的根据;而民事

责任能力针对行为人实施违法行为所产生的法律后果而设,是决定行为人是否要对自己的行为承担民事责任的根据。(3)能力的范围不同。民事行为能力总是具体的,有一定的范围,不同民事主体的民事行为能力范围不尽相同;而民事责任能力是抽象的,无一定范围,更不受行为能力限制。(4)判断标准不同。自然人民事行为能力划分标准系在意思能力的基础上进行法技术之处理,而该标准之确定(年龄主义+有条件个案审查)不考虑个人财产状况;而民事责任能力的确定除考虑意思能力或者行为能力状况外,还必须考虑个人财产状况。^②

还有学者指出,自然人民事责任能力实质上就是侵权行为能力,是指自然人能辨认和控制自己的行为,因而对其致人损害的后果承担侵权民事责任的资格。既然自然人的民事责任能力制度是从过失责任主义演绎出来的,那么,由于过失责任主义以行为人主观上具有过错,为承担侵权责任的最终的、起决定意义的条件,所以自然人对其行为承担民事责任不适用于无过错责任和公平责任。在此基础上,该学者建议我国采德国民法典的立法例,即规定无民事行为能力人没有民事责任能力,限制行为能力人有民事责任能力,但是如果在实施加害行为时不具有认识责任所必要的理解力时,则无民事责任能力,完全民事行为能力人有民事责任能力,但非因自己主观方面的原因而处于无意识状态中,或处于精神错乱而不能自由决定意思状态中致人损害时,则无民事责任能力。该学者考查了有关立法例。从大陆法系有关立法的规定来看,成年人在无意识或一时丧失意识的情况下致人损害,除意大利民法典规定暂时丧失民事行为能力外,其他国家或地区有关立

^① 参见周景安:《代理行为法律后果归属模式之比较研究》,载《理论导刊》,2001年第1期。

^② 参见刘保玉、秦伟:《论自然人的民事责任能力》,载《法学研究》,2001年第2期。

法都规定了民事行为能力并不因此而丧失,然而毫无例外地都规定了在此种情况下其民事责任能力暂时丧失。^①

还有学者指出了民事责任和民事义务的区别,在此基础上主张我国民事责任体系应有新的构架,在民法总则作对民事责任一般问题作出规定,将违反债的责任在债编规定,将侵权责任在侵权行为编规定。民事责任与民事义务的区别表现在:(1)性质不同,从权利、义务和责任三者的关系看,义务的本质是权利人实现民事权利的必要条件,民事义务根据当事人的约定或法律的规定而产生,从权利、义务和责任三者关系看,民事责任的本质是促使义务人履行民事义务的辅助条件。(2)对应关系不同,民事义务与民事权利相对应,而民事责任和民事义务相对应,但是两者并不完全对应。(3)范围不同,民事义务通常与民事权利相对应,在财产关系中义务与权利有对价性,民事责任主要是弥补权利人损失,也有对价性,但是责任的范围不限于对价,可有惩罚性。(4)法律拘束力不同,民事义务产生后有法律拘束力,这种拘束力是指义务人不履行时将承担民事责任,但是对于义务的履行没有强制性。^②

二、物权法

(一)物权法基本范畴

物权法的基本范畴,即物权法的作用范围,是物权法立法与研究中一个宏观性的问题。任何交易,即使是最简单的交易,也都需要物权法与合同法的双重法律调整。物权法和合同法都是调整交易关系的法律,它们调整交易关系的区别,是解决法律问题的出发点不同、阶段不同和重点不同。合同法调整交易关系的出发点,是当事人自己的意思表示,是合同的效力与当事人的意思表示之间的关系。而物权法的出发点是物权变动中的客观公正与交易安全,故物权法的重点是物权变动中物权排他性后果与第三人利益之间的关系。所以,物权法不但是规定作为静态

权的物权的法律,而且也是规定物权变动及交易关系的法律。从以上分析中,也可以把物权法的基本范畴归纳为如下三点:(1)规范静态的物权关系,即根据本国的国情确定物权的具体种类以及内容;(2)规范物权的动态关系,即建立物权设立、移转、变更与废止的具体制度;(3)保护交易中的第三人。这三项基本范畴也是物权立法的基本任务,它们贯彻物权立法的始终。但是,物权法三大任务的确定必须有一个基本的前提条件,即必须在立法上坚持物权与债权法律效力的严格区分,以及物权变动与债权变动的法律根据的区分,坚持债权法上的行为不能发生物权变动的效力,物权变动的效力也不能仅仅取决于当事人债权法上的意思表示^③。

(二)物权行为

有学者认为,中国民法学著述中一般将物权行为概括为独立性与无因性两方面,而缺少了物权行为理论中的形式主义原则,使人难以确定物权独立意思的所在,而德国民法非常强调形式主义的作用,因为物权独立意思表示必须借助于一个确定的形式才能加以认定——即动产占有的交付和不动产登记。如果没有这些形式,物权独立意思表示无法确认,就是“没有拘束力的”,同时也导致了忽略物权行为理论与公示原则的关系,忽略关于形式主义原则对物权公示原则的法律探讨以及该原则的法律承认均在。针对我国学界否定物权行为理论的两种观点,即物权独立意思纯粹的是人为拟制,无因性理论导致了交易不公正,作者解释为:首先,物权行为包括单方行为和双方行为,单方行为包含着纯粹的物权法上的意思,而双方行为中双方的合意也是现实存在的。总之,当事人所

^① 参见余延满、吴德桥:《自然人民事责任能力的若干问题》,载《法学研究》,2001年第6期。

^② 参见魏振瀛:《论民法典中的民事责任体系》,载《中外法学》,2001年第3期。

^③ 参见孙宪忠:《物权法基本范畴及主要制度反思》,载《中国法学》,1999年第5期。

表现出的纯粹物权变动的意思是无法否认的。按照形式主义的原则,在发生物权变动时所进行的意思表示就是物权的“合意”。其次,物权行为理论将物权公示原则与第三人的意思表示地联系在一起,把交易安全利益与当事人自己的意思联系在一起,更好地实现了民法上的意思自治理论和法律行为理论的价值。折中主义把物权公示行为作为债权意思的生效要件,其根本的问题是否定负担行为和处分行为的区分,将债权变动与物权变动相混同,在物上权利归属方面存在缺陷,因此,折中主义不能代替区分主义,同时善意取得制度的提出具有一定积极意义,但在法理和实践上缺陷十分明显,表现为:主观善意的要求与物权公示原则的基本功能不协调;不动产物权变动不适用善意取得规则;动产物权善意取得的实践作用逐渐消退;善意取得制度自身不周全,只有在非法律行为的物权变动中还可以发挥一定的作用。^①

所谓无因性原则,即第三人作为物权取得人,其所取得的物权不受其前手瑕疵的影响,直接受法律保护的原则。无因性原则建立的基本依据,是物权出让人与物权受让人之间独立物权意思表示的外在表现形式——即不动产物权登记和动产占有的交付的客观事实,法律依此建立不动产登记和动产占有的权利正确性推定作用的原则,在第三人根据不动产登记簿取得不动产物权时,原则上即应为第三人的物权取得提供保护。第三人根据公示的状态取得动产物权的,也是如此。这样,即使物权出让人的权利有瑕疵,甚至无权利,但是第三人照样可以取得物权。这就是当代物权法中著名的“从无权利人处取得”的原理,在此原则下,相对于第三人的前手交易中的原权利人或者其他人的追夺权当然被依法截止。因此,无因性原则的基本特点,是根据物权公示原则首先建立第三人保护的客观标准,即不动产登记和动产的占有,确立不动产登记和动产占有的公信力,建立符合物权公示原则的权利正确性推定规则,然后根

据这一规则来确定第三人的善意与否,并提供对第三人的保护。无因性原则并不是绝对地排除物权变动中当事人意思表示的作用,恰恰相反,它正是根据当事人物权变动的意思,重新建立了善意的确定标准,即第三人对不动产登记和动产的占有的知情与否。因为不动产登记与动产的占有是一个客观的事实,故无因性原则下的善意确定是一种客观的标准,也是一种在司法上比较简单易行的推定标准。所以,无因性原则的确立,实际上是对罗马法中的善意取得制度的扬弃,是对后者在更高层次上的发展,它从客观上重新建立了善意的标准,从而使得当事人的主观心态成为可以由立法表达,也可以由司法认定的客观现象。故无因性原则可以被称为客观善意主义。而罗马法中善意取得原则,是纯粹根据当事人的主观心态建立标准。罗马法中的善意取得可以被称为主观善意主义。在无因性原则下,第三人前手交易的合同撤销或者被宣告无效,当然对第三人取得的物权难以发挥作用。合同无效的后果,一般首先是双方当事人互相返还根据合同取得的对方财产,包括对方当事人的财产所有权。但是在合同标的物的所有权为第三人取得的情况下,合同被撤销或者无效的后果会发生重大变化。关键是不能发生双方的返还。只能发生返还不当得利的后果。所有权的移转必须维持,即物权变动的不可逆性,或称物权变动的无因性,是无因性原则的基本特征,它是在交易中存在第三人利益的当然结果。从保护第三人的角度看,物权变动的不可逆性或者无因性,是物权法的客观公正的要求。原所有权人即出卖人的所有权无法得到返还的情况,从出卖人单方面来看,似乎有不公平之嫌,但是从第三人的角度来看,却是完全公正的。因为,第一,出卖人即使有理由撤销合同并提出返还所有权的请求,但是当他的利益

^① 参见孙宪忠:《再谈物权行为理论》,载《中国社会科学》,2001年第5期。

与社会经济秩序的稳定这一利益比较起来,还是后者的价值为重。第二,出卖人在处分自己的所有权时,不能足够地尽到善良管理人的注意义务,轻率地通过订立合同处分了自己的所有权;而第三人在交易中完全无过错,法律根本不能强求其检查前手交易的瑕疵。与有过错的出卖人相比,无过错的第三人利益更应该得到保护。所以,无因性原则在更高的层次上维护了交易公正。在没有第三人利益的情况下,合同的撤销或者无效,即使是根据无因性原则,也会当然发生所有权返还的结果,原权利人的权利不会受到妨害。根据无因性原则在法律上不能产生所有权返还的必要条件,是存在第三人的利益的情形。在第三人取得标的物的所有权或者在该标的物上为第三人设定限制物权的条件下,才有可能发生物权变动不可逆转的结果。目前,对无因性原则的一个错误表达是,把物权变动的不可逆转说成是绝对的结果,排除了第三人取得物这个必要条件,结果导致了无因性原则主张所有权在任何情况下均不能返还的误解。^①

(三)用益物权

有学者研究了典权制度,认为典权乃一方支付典价而对他人不动产实现用益,包括占有、使用和收益的物权上权利。这实际上是我国民国时期民法典对典权所作的界定。从典权的法律内涵来看,典权显然是一种用益物权,尽管它在某些情况下具有担保意义。与一般担保物权相比,它有以下明显的区别:第一,典权的最终目的和实质功能在于直接实现一种用益,是貌似担保,实为用益的物权形式。第二,典权是一种独立的物权,其设定直接以财产所有人独立的法律利益为依据。第三,典权是一种可以直接实现的法益,而不是像担保物权那样只能通过扣押实现,这是典权和担保物权之间又一重要区别。第四,典权不像担保物权那样具有变价受偿性。第五,典权具有可分性,因而不是担保物权。因为担保物权具有不可分性。该学者同时指

出,认为典权是一种兼有担保和用益功能的特殊物权虽然有一定道理,但并不能完全反映典权的实质特征,而且容易引起学说上的混乱。同时,我国传统民法的典权,其目的、功能和性质可以说完全与古希腊时期的相抵利用一样。而它与德国的担保用益或利用质押、与法国和意大利的不动产质等,实际都是形式不同但功能基本一致的法律制度,而后者又可溯源于希腊的相抵利用制度。因此,我国的典权和德国的担保用益更能反映上述各种制度本来的目的。在此基础上,该学者指出,在我国民事立法中,应保留设置典权这一传统的法律制度,并注意不必再设置不动产质,以免重复立法。^②

有学者认为,目前有些学者提出的“用益物权中心论”不可取。其理由如下:所有权关系自古以来就是所有社会关系中最重要关系,是法律对人的财产关系的重要反映。从民法的发展历史来看,罗马法因起源于奴隶制的古罗马,它对所有权的“至高无上”的规定,到现在看来显然不合时宜,一味固守绝对的“所有权”是不利于社会发展的。但就物权(英美法一般讲财产权,以下的论述,财产权和物权是在同一意义上使用的)而言,虽有必要摒弃所有权绝对中心论的极端主义,但也不能过分强调物权的用益权“中心论”。以英美法为例,到目前为止,英美法在强调物的利用的同时,并不认为物的所有权中心论已经过时。当前西方兴起的产权经济学或法律经济学都非常强调财产权的明晰及保护,认为这仍是法学理论与实务最重要的课题。罗纳德·科斯认为,在一个需要交易成本的世界里,不论权利的法律原始配置如何,只要权利交易自由,就会产生高效率的社会资源配置;

^① 参见孙宪忠:《物权法基本范畴及主要制度反思》,载《中国法学》,1999年第5期。

^② 参见米健:《典权制度的比较研究——以德国担保用益和法、意不动产质为比较考查对象》,载《政法论坛》,2001年第4期。

然而在现实中,交易成本从来都是正值。所以,权利的法律原始配置如何就成为法律经济学研究的问题。当代法国民法学家罗伯特·霍恩、海因·科茨都认为,所有权不仅是一种产权的形式,它还具有十分丰富的经济内涵和政治内涵。布莱克斯通下面这段话在今天的德国仍然是非常正确的:“没有任何东西像财产所有权那样如此普遍地唤起人类的想像力,并煽起人类的激情,或者说,财产所有权是一个人能够在完全排斥任何人权利的情况下,对世间的外部产物所主张并行使的那种特有的和独断的支配权。”罗伯特·霍恩等人在强调财产所有权的同时,也客观地认识到“迄今为止,一直存在着一种不可动摇的趋势,这就是对所有权随心所欲处分其财产的自由,加强法律上的限制”,但他们并不认为财产的所有权就不重要而退居次要地位。^①

(四)担保物权

1. 担保物权之创新

担保物权作为确保债务的清偿而于债务人或第三人的物或者权利上成立的物权,具有确保债务履行和促进资本融通的双重功能。在民事责任财产化、商业和银行信用兴起、交易过程不能即时清偿已成为市场交易典型特征的现代社会,担保物权的作用已越来越突显。立足物权法“提高物的利用效率”这一宗旨,我们对我国担保物权法提出以下创新设想:第一,担保物权激励机制。由于现代社会中担保物权的客体范围和种类的扩大,使现代担保物权从单纯价值控制型向物权利利用型转变,这也是担保物权法的基本发展趋势。法律经济学在对担保物权法进行考查的过程中发现,传统担保物权强调对债权实现的保障,以至于将担保物权曲解为只有对担保物实体价值的控制才是对债的价值的控制,这也是我国立法中采用的观点。这种观点违背了效率原则,妨碍了物的利用。因此,我国立法中的担保物权应当是物权利利用型担保物权,以利于形成一种物权激励机制。第二,担保物权投资机制。现代担保法的基

本趋势是从单纯的债权保全型向物权投资型发展,这是由社会经济发展的趋势决定的。专业担保机构的出现给担保物权立法的启示是:立法中应当承认担保物权的设定是一种物权投资机制,可以实行有偿担保,制定相关法律来规定担保机构,促进其健康发展。第三,担保物权融资机制。我国担保物权立法所确定的物权担保形式均为限制物权型担保,虽然《担保法》在物权担保的客体运用上按现代市场经济的发展需要进行了适当扩展,但仍然是以债权保全功能和价值控制功能为主,这不能满足迅速发展的现代市场经济活动对于资金融通担保的需要。因此,立法中必须改变单一限制物权型担保物权的局限性,引进权利移转型担保物权。^②

2. 动产让与担保

动产让与担保是指债务人或第三人为担保债务人的债务,将担保标的物的权利移转于债权人,于债务清偿后,标的物应返还债务人或第三人;于债务不履行时,担保权人得就该标的物优先受偿。我国物权立法不应当采纳动产让与担保制度,其主要理由是:第一,动产让与担保制度实际上是一种变相的流质契约。因为,债务人和第三人将担保标的物的权利事先移转给债权人,这与事先将标的物的所有权移转给债权人并没有本质上的区别。此种做法极为容易导致债权人利用债务人的急需而牟取暴利,将设立动产让与担保的方式作为一种高利贷的方式。第二,在设立动产让与担保的情况下,设立人与债权人之间常常存在一种通谋的行为,即设立人将标的物的权利移转于担保人仅仅属于形式,实质上并没有移转标的物权利的意思,因此属于双方通谋而为虚伪移转所有权的意思表示。这极易导致债务人利用此种方式逃避债

^① 参见李晓峰:《论用益物权在物权法中的地位》,载《中国人民大学学报》,2000年第4期。

^② 参见周林彬、胡珀:《我国担保物权制度的反思与重构》,载《法学家》,2000年第4期。

务。第三,此种做法也与我国实践中的按揭不同,按揭的方式通常由银行为普通的购房人提供的住房分期偿还贷款,购房人只有在偿还了所有的贷款之后,开发商才根据银行的要求为购房人办理产权过户手续,在有的地方,在购房人没有偿还贷款之前,开发商也为他们办理产权手续,但该产权证明必须质押在银行,只有在全部贷款清债完毕后,购房人才能得到产权证明。在上述所有的做法中事实上都没有事先移转房屋的所有权。因此,在性质上我们不能认为这是一种动产让与担保。此种方式较之于动产让与担保更为合理,主要表现在:一方面,由于没有事先转让所有权,银行并不享有标的物的所有权,因此不能随便处分担保标的物,即房屋。另一方面,由于开发商只有在贷款人全部偿还贷款后才能为之办理产权证或者在办理产权证后将该证书质押在银行处,这样在银行、购房人以及开发商之间形成了一个非常平衡的相互制约与互动关系。这既能对购房人本身形成一种有效的制约,督促其按时还债,同时也能有效地防止银行、开发商任意处分房屋,危害购房人的利益。这种由我国实践中发展出来的方式显然比动产让与担保制度要好。^①

3. 权利抵押权

有学者研究了权利抵押权,认为权利抵押权与一般抵押权相比,显著区别是,标的物非为不动产这样的有体物,而是可以适合于设定抵押的可转让的财产权,通常是用益物权。这也使权利抵押权得以与权利质权相区别。立法上一般不就权利抵押规则做具体规定,而是准用抵押的一般规定,故权利抵押又称准抵押。从我国的客观现实分析,所有权之外的具有可转让、适于设立抵押的财产权利,除土地使用权外,还有房屋典权、采矿权和渔业权等。至于抵押合同应当从成立时起生效的问题,如果法律、行政法规规定抵押合同应当办理批准、登记手续的,从其规定。所以,权利抵押权与不动产抵押权一样,从登记之日起设定。因此,《担保法》第41条的规定

迫切需要修改。抵押合同作为合同当然可以适用合同自由原则,当事人对抵押期限的约定是合同自由的体现,可视为抵押权人接受了对抵押权的期限限制,抵押权人只能在该期限内实现抵押权,更何况我国法律并不禁止当事人自行约定抵押期限,所以这种约定应当是合法有效的。除非抵押权人同意,否则,抵押人不得放弃作为抵押权客体的权利,如果抵押人放弃此权利的,应不发生该权利消灭的效力,以该权利为客体而设定的抵押权继续有效。^②

4. 抵押权的完善

有学者认为,抵押权是债权人因为抵押行为而对抵押物所享有的支配权。抵押权人基于对抵押物的支配权,可以对抗抵押物的所有人和第三人。物的所有人或第三人对抵押权人行使权利有所干涉或者妨碍,抵押权人可以行使物上请求权予以排除,恢复对抵押物应有的支配状态。因为抵押权为支配权,自古罗马法以来,立法例始终承认抵押权对抵押物的追及效力,抵押权人依照其抵押权的支配力,不论抵押物的所在,均可追及抵押物的交换价值而优先受偿抵押担保的债权。甚至,在抵押物发生原有形态或者性质的变化而有代位物存在时,抵押权仍可追及于抵押物的代位物。抵押权的追及效力,以及通过抵押权的物上代位性扩充抵押权的追及效力,成为确保抵押担保功能实现的有力基础。抵押权人对抵押物所取得之支配利益,可以有效地对抗抵押物的所有权或者占有移转。抵押权的核心内容在于抵押权人可以直接支配抵押物的交换价值,而不在于取得或者限制抵押物的使用价值,故抵押权的发生不以占有标的物为要件,抵押人无须将抵押物支付抵押权人占有。不移转抵押物的

^① 参见王利明:《抵押权若干问题的探讨》,载《法学》,2000年第11期。

^② 参见屈茂辉:《论权利抵押权》,载《法商研究》,2001年第2期。