

法学 硕士

研究生入学考试核心笔记

民商法学卷

(含考研真题精选和解析)

跨考教育教研中心◎主编

周仕维◎编著

细分专业

涵盖法学7大类重点学科

集萃纳精

汇聚全国16所名校真题

凸显重点

明晰各科百余个考查重点



中国政法大学出版社





跨考教育
KUAKAO EDUCATION

考研专业课系列丛书

法学硕士

研究生入学考试核心笔记

民商法学卷

(含考研真题精选和解析)

主 编◎跨考教育教研中心
编委会成员◎周仕维 张敏杰 杨 洋



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目（CIP）数据

法学硕士研究生入学考试核心笔记. 民商法学卷 / 周仕维编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 6

ISBN 978-7-5620-4354-6

I. ①法… II. ①周… III. ①民法-法的理论-中国-研究生-入学考试-自学参考资料②商法-法的理论-中国-研究生-入学考试-自学参考资料 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第128506号

书 名	法学硕士研究生入学考试核心笔记 民商法学卷 FAXUE SHUOSHI YANJIUSHENG RUXUE KAOSHI HEXIN BIJI MINSHANG FAXUE JUAN
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088 fada.sf@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	北京市燕山印刷厂
规 格	787mm×1092mm 1/16
印 张	16.75
字 数	361千字
版 本	2012年7月第1版 2012年7月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4354-6/D·4314
定 价	31.80元

声 明 1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由印刷厂负责退换。

前言



《法学硕士研究生入学考试核心笔记·民商法学卷》是《法学硕士研究生入学考试核心笔记》系列丛书之一。该丛书是北京尚学硕博教育咨询有限公司在从事数年考研辅导工作的基础上,针对北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学、武汉大学、厦门大学、中南财经政法大学、西南政法大学等十几所重点院校的法学硕士研究生入学考试的近几年真题,整理编写出的一套以重要知识点详解和真题解析为主体内容的考研丛书。该丛书的重要知识点详解以各大高校研究生入学考试参考书目为指南,根据各部门法基本内容框架科学划分章、具体考点体例,并依照此结构进行丛书内容阐述,便于考生在复习备考过程中做到对各部门法知识的总括性把握。

《民商法学卷》的内容可大致划分为四个部分:内容提要、知识点详解、真题演练和参考文献,其中知识点详解和真题演练为该丛书各部门法卷的核心内容。各部分内容的特点和在研究生入学考试复习工作中的具体作用分述如下:

内容提要部分旨在在列举该章具体包含的知识点的基础上进行重点知识和非重点知识的划分。对每章内容提要的略读,有助于考生在对该章知识一一复习前,进行必要的了解和梳理。

知识点详解部分是考生在复习过程中应熟读并掌握的内容。该部分不仅罗列并详尽阐述了本章节考生需要识记并掌握的知识,更结合各部门法本身特征和各大高校法学研究生入学考试真题,对各个知识点的重要程度作出解读分析,以“★”为标志,采用一星至五星五类符号,标注特定知识点的重要程度,使考生备考工作极具针对性。

真题演练综合了2009年至2012年四年中十几所法学重点院校的研究生入学考试真题。在本部分,各真题按照其与内容相关度的紧密关系编排出现,题后不仅附有命题高校和出题年份,还包括每道真题的标准答案及解析。此外,在每道题解析后,本丛书还相应设计了“应试策略”和“命题趋势”两部分内容。前者旨在帮助考生分析题目的考点和解题思路;后者主要针对在各校真题中出现频率较高的考点,在答案解析的基础上进一步为考生指明复习重点和不同高校的命题特征。在一些重点的部门法领域,我们还有针对性地选择了一些较早些年份各大院校曾经考过的题目,作为模拟练习题的形式供大家在考研复习中对比、参考。

参考文献部分所列举的书目,既是真题答案解析的主要指南和依据,亦是该学科中比较公认的一些书籍著作,可以为考生在复习中提供必要的参考。

在《法学硕士研究生入学考试核心笔记·民商法学卷》中,主要包括民商法学的几个基础理论问题、民法的基本原则、民事法律关系、民事法律行为、民事主体制度、代理、期限与诉讼时效、合同法律制度、物权法律制度、侵权责任法律制度、公司合



伙企业票据法律制度等十一个部分内容。众所周知，民商法学理论博大精深，内容极为丰富，囿于篇幅原因，本书无法涵盖民商法学的所有内容和考点，如民法学中的人格权法、婚姻继承法等部分内容未纳入，再如商法学部分也只是挑选了公司法、合伙企业法、票据法等重要的部门法的知识。因而，本书在分析历年真题和总结各大院校考研规律的基础上，总结、概括、提炼出的 100 个考点以及相应的一些各大院校的真题解析，应成为考生在复习考研过程中重要参考。对于本书的考点知识和真题解析未涵盖的内容，考生在考研复习过程中也应给予一定的重视。

一分耕耘，一分收获。扎实的法学基础功底、科学的考研复习方法是考研成功的两把钥匙。愿本套丛书能发挥我们所期待的作用，成为广大考生走向考研成功之路的重要法宝。由于编者能力水平有限，我们真诚欢迎并渴求来自读者的中肯批评和宝贵意见，这将成为本套丛书和编者自我完善的最好鞭策。

编 者

2012. 6

目 录

第一章 民商法学的几个基础理论问题.....	1
第二章 民法的基本原则	12
第三章 民事法律关系	23
第四章 民事法律行为	34
第五章 民事主体制度	53
第六章 代 理	76
第七章 期限与诉讼时效	91
第八章 合同法律制度	102
第九章 物权法律制度	143
第十章 侵权责任法律制度	198
第十一章 公司、合伙企业、票据法律制度.....	231

第一章 民商法学的几个基础理论问题

1.1 内容提要

本章主要介绍一下民商法的几个重点的基础理论问题。民法是调整平等主体的自然人、法人和其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。它以平等民事主体之间的财产关系和人身关系为调整对象，并自成体系。民法的体系以民事主体制度、物权制度、债和合同制度、人格权制度、知识产权制度、侵权责任制度、婚姻家庭继承制度为基本框架。民法作为独立的法律部门，其区别于其他部门法的特点在于它是权利法而非义务法、私法而非公法、实体法而非程序法、任意法而非强制法，并且强调平等协商和等价有偿原则。民法除表现为形式意义上的民法典外，其渊源还包括宪法、各种民事法律、国务院发布的民事法规、决议和命令、最高人民法院的指导性文件、行政规章、地方性法规以及国家认可的民事习惯。本章重点问题包括：民法的概念、特征及渊源，民法与商法的关系，私法与公法的关系，我国民法的调整对象，我国民法体系的构成以及民法法典化、体系化的意义等。

1.2 知识点详解

★★★★★民法与商法的关系：民商合一或者民商分立

民法有实质意义上的民法与形式意义上的民法之分。实质意义上的民法又有广狭之分，广义的指私法之全体而言，狭义的指除去商法及其他特别私法之部分私法，又称为一般私法。通常所称实质意义之民法或实质的民法，乃针对商法等特别法而言也。

关于民法和商法的关系历来存在着民商合一和民商分立的观点。民商分立的体制在19世纪以前已经形成。从19世纪开始，商法开始在许多大陆法系国家作为一个独立的

法律部门出现，并已开始法典化。许多国家在民法典之外制定了商法典，从而形成了民商分立体制。但是，随着商品经济的发展，以及商人特殊利益的逐渐消失，需要用统一的法律规则来调整商品经济关系。特别是为了立法技术上的科学性，需要消除因民商分立带来的商法之间的规范重复、矛盾等现象，因此，从19世纪末期以来，许多国家和地区开始推行民商法的统一。由于民商合一适应了社会商品经济发展的需要，反映了社会化大生产的需求，因而成为当代法律发展的一种趋势。

在我国法律体系中，由于改革开放的深入进行和社会主义市场经济的发展，有关公司、证券、海商、保险、票据、破产等方面的立法相应地得到了重视和加强。这些法律和法规大多都是调整平等主体之间的商品关系的，因而可以视为我国民法的组成部分。我们认为我国民事立法应当采取民商合一的体制。其根据在于：第一，我国民法作为调整市场经济活动的基本法，是各种商品关系抽象化的法律表现。而调整商品经济关系的商事法规不过是民法原则在具体领域中的体现，是民法规范在某些经济活动中的具体化。民法和商事法规之间是基本法与补充基本法的单行法规之间的关系，只有有了民法的指导，商事法规才有所依归。第二，只有坚持民商合一，才能使我国民事立法体系系统化，避免民法和商法之间的相互重复和矛盾现象，并保证我国法律体系的和谐统一。第三，民法和商法不可能形成合理的区分标准。因为它们都是调整交易关系的，在本质上和职能上不可能存在着重大区别。而且严格区分民法和商法，并使商法形成一个法律部门也无必要。在我国，一些持民商分立的学者认为，商法具有营利性，即它调整具有

营利性的财产关系，而民法则调整非营利性的财产关系和人身非财产关系；商法要坚持交易迅捷和一定程度的国家干预，而民法要坚持公平、自愿原则，民事关系要尽量减少国家干预。因此，商法可形成独立的法律部门。我们认为这些观点是不妥当的。应当承认，商法的大部分内容具有营利性，但不能从营利和非营利的角度来区分民法和商法。一方面，商法中也有相当一部分内容，如海商法等很难说完全具有营利性；另一方面，民法也不是非营利的。恰恰相反，民法的大部分内容尤其是其中调整商品关系的部分基本上都具有营利性。另外，民法中调整人身非财产关系的内容也是无法与调整营利性的财产关系的内容相分离的。诚然，在民法中要坚持意思自治原则，但并非完全排斥国家干预。合理、正当的国家干预对于维护交易秩序和公共利益也是十分必要的。

我们认为，根据民商合一理论，就是要由民法典统一调整社会商品经济关系。商法本身不可能组成部门法体系，而只能适用民法的一般原则，商法不可能形成自身的独立的总则，而只能适用民法的总则。坚持民商合一原则，民法的总则、物权制度、债权制度实际上已对商品经济活动的重要方面都作出了一般规定，对商事法规中的一些问题同样适用。因此，我们应坚持民商合一体制，尽快制定民法典，并在制定民法典的同时另行制定商事法规，但不能也不必要单独制定商法典和商法总则。

★★★私法与公法的关系

民法是私法。公法和私法的分立，可以上溯至罗马法。从公元5世纪开始，最早的罗马法典《十二铜表法》便将行政法、宪法法规以及公共宗教仪式等排除于该法典之外。但从理论上正式进行公法和私法分类的则是古罗马法学家，盖尤斯在《法学阶梯》第一卷里便对公法和私法作了划分：“法律学习分为两部分，即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益。”

学者一般认为，罗马法学家乌尔比安是公法和私法分立观念的创始者。他在《学说编纂》里指出：“公法是关于罗马帝国的规定，私法则关于个人利益的规定。”他以法律维护的利益为标准，将法律加以划分，涉及个人福利的法为私法，而有关罗马国家稳定的法则为公法。与此相对应，《法学阶梯》和《学说编纂》的绝大部分篇幅用于论述私法，只在中间或后面附加一些刑法和程序法方面的内容。在被划分为公法和私法的罗马法中，对后世影响最大的是罗马私法，近现代民法就是在罗马私法的基础上发展、形成的。

真正近代意义上的公法和私法的分野在19世纪的欧洲大陆形成。19世纪末，当法学家们开始认真地研究既存的法律规范和制度时，公、私法划分就成了他们重建法律制度的基础。公、私法划分的不断演进和发展的历史，使这种划分产生了极大的权威，并与大陆法系各国的文化交融在一起。马克思·韦伯认为，现代法律理论和实践的最重要区别之一是“公法”与“私法”的区分。韦伯自己所提出的区分标准是：第一，社会学标准。将公法限定为调整国家活动的规范总和，私法则限定为由国家颁布、调整非国家活动的规范总和。这一定义几乎已成为所有试图区分这两大法律部门的基础。第二，将公法视为授权性规范的总和，即这些规范是专门规定有关国家官员职责的，但不同于所谓权利要求规范，不设立任何个人的权利。第三，私法与公法的区别，正如合作型法律与隶属型法律之间的区别一样。但是，这一区分的确切标准，众说纷纭，莫衷一是。从学者们提出的种种学说中可以看到，对于公法和私法的界定，迄今为止，尚未出现一条完全无争议的标准。

关于公法和私法的划分标准，主要有以下学说：

利益说，也称目的说。利益说源于罗马法。学者一般认为，乌尔比安倡导了这种学说。乌尔比安说：“公法涉及罗马帝国的政

体,私法则涉及个人利益。”根据利益说,判断一项法律关系或一条法律规范是属于公法还是属于私法,应以涉及的是公共利益还是私人利益为准。

应用说。后世一些研究罗马法的学者普遍认为,区分罗马法上的公法和私法,应采取应用标准,即所谓“公法不得为私人简约所变通”。凡法律规定的内容,私人的意思不许自由抛弃或者变通的为公法,反之,为私法。在罗马法的渊源中,大量涉及私人利益、调整私人关系的规范也被说成公法,就是采用应用说的结果。

隶属说。该说认为,公法的根本特征在于调整隶属关系,而私法的根本特征则在于调整平等关系。

性质说。为日本学者所创,以法律关系的性质为区别标准,具体又可分为三种观点:权力关系说,统治关系说和生活关系说。

理念说。认为公、私法之划分,不应只从法的概念上推求,而同时亦应从法的理念上求之,符合亚里士多德所谓“一般的正义”及“分配的正义”的法律,为公法;符合“平均的正义”的法律,为私法。

意思说。该说为德国学者拉邦德所提倡,认为,规定权力者及服从者之意思的为公法,规定对等之意思的为私法。

主体说。该说为德国学者耶律内克所倡导,并得到日本学者美浓部达吉的赞同。根据主体说,如果在某项需要法律调整的法律关系中,至少有一方当事人正是以公权主体的性质参加这项法律关系,那么这项法律关系就属于公法范围;不符合这一条件的所有法律关系都属于私法范围。

公法与私法划分的主要目的并不在于确定两者之间孰优孰劣,即使古罗马的私法较之于公法远为发达,其私法也并没有获得凌驾于公法之上的优先地位。而近代以来公法与私法不断地互相渗透、融合,以及地位的更迭,更使得不论“公法优位”的观点抑或“私法优位”的观点,皆无法获得法律

制度上的充分说明和支持。正如拉德布鲁赫所言,“‘私法’与‘公法’的概念不是实证法的概念,它也不能满足任何一个实证的法律规则,当然,它可以为所有法律经验做先导,并且从一开始就为每个法律经验主张有效性。它是先验的法律概念”,而梅利曼教授在他那本颇受中国学者推崇的《大陆法系》一书里,更是罗列了多达10项导致公、私法划分产生“危机”的原因。

当然,这并不能否认界分公、私法在法学研究上所具有的重要意义,公、私法的划分使公法关系与私法关系得到区别,在研究上有重要意义。公法关系主要是权力与服从的关系,两方主体不是处于平等的地位,而是一方服从另一方;私法关系则是权利平等的主体之间的关系。正因为有着公、私法的界分,民法在法律分类上属于私法,西方国家民法典中并不规定民法的“调整对象”,学理上也不认为这是需要法律规定的问题。因为是权利平等的主体之间的关系,所以,私法关系特别强调私法自治、尊重当事人的意思,而又特别强调国家不能任意地对私法关系进行干预。在有些国家(如德国、法国),划分公、私法还有一个实际上的意义:在这些国家有行政法院与私法法院之分,划分公、私法也就界定了这两种法院的管辖权。

★★★★民法的体系

马克思在描述商品交换过程时指出:商品不能自己到市场去,不能自己去交换,因此,我们必须寻找它的监护人——商品所有者。为了使这些物作为商品彼此发生关系,每一方只有通过双方共同一致的意志行为,才能让渡自己的商品,占有别人的商品。可见,他们必须彼此承认对方是商品的所有者。这就表明商品关系的形成必须具备三个条件:一是必须要有独立的商品“监护人”(所有者);二是必须要商品交换者对商品享有所有权;三是必须要商品交换者意思表示一致。这就是在交换过程中形成的商品关



系的内在要求，与此相适应，形成了以调整财产所有和财产交换为目的、由民事主体、物权、债和合同等制度组成的具有内在联系的民法体系。

1. 主体制度

作为民法主体的当事人，是商品在静态中的所有者、在动态中的交换者。这类主体的特征就在于他（它）们的独立性，即意志独立、财产独立、责任自负。马克思在提及商品关系时所强调的“独立资格”、“独立的商品所有者”等即指这一类主体。我国民事主体制度就是这些独立的主体（自然人、法人或其他组织）所必备的权利能力和行为能力等方面的规定，是商品关系当事人在法律上的反映。民事主体制度包括自然人、法人、合伙等制度，这些制度的适用范围是十分广泛的，任何组织和个人，无论其在行政、劳动法律关系中的身份如何，也无论其所有制形式和经济实力如何，他（它）们在从事社会商品经济活动的主体资格皆由民事主体制度所确认，其合法权益共同受民法保护。

2. 物权制度

所有权和其他物权制度是规范财产的所有和使用关系的基本制度。民法的所有权制度是直接反映所有制关系的，但也和商品关系有内在的联系。商品交换就其本质而言是所有权的让渡。所有权是商品生产和交换的前提，也是商品生产和交换的结果。所有权在生产领域中的使用消费就是商品生产，在流通领域中的运动就是商品交换，商品生产者从事生产和交换的前提条件，就是要确认其对财产的占有、使用、收益和处分的权利，保障他们在交换中的财产所有权的正常转移。民法中的他物权如土地使用权、农村承包经营权等也是市场经济赖以形成的重要基础和前提条件。

3. 债和合同制度

债和合同是商品交换在法律上的表现，是商品流通领域中的最一般的、普遍的法律规范。债权制度是直接规范交易行为的，债

的一般规则是规范交易过程、维护交易秩序的基本规则，而各类合同制度也是保护正常交换的具体规则。典型的买卖活动是反映商品到货币、货币到商品的转化的法律形式，但是商品交换过程并不只是纯粹的买卖，还包括劳务的交换（诸如加工、承揽、劳动服务）以及信贷、租赁、技术转让等合同形式，还包括了票据的流转、财产的抵押、资金的偿付等债的形式。它们都是单个的交换，都要求表现为债的单元，并受到民法债权制度的确认和保护。由于债权制度的设立，给商品交换带来了巨大的方便，使它超出了地域的、时间的限制，从而有力地推动了财产的流转。

4. 人格权制度

在民法体系中，人格权法是否有必要独立作为一项制度，值得研究。传统民法欠缺人格权的规定，各国关于人格权的法律制度主要是由司法发展起来的。许多学者主张，尽管人格权法非常重要，但可以在主体制度和侵权行为制度中加以概括、规定。我们认为这一观点是不妥当的。之所以应该对人格权单独立法，其原因在于：第一，民法中两类基本的权利，就是财产权和人身权（其中主要是人格权），这是民法的两个支柱，既然财产权可以分为债权、物权等各项制度，人格权为何不能成为一项独立存在的制度？否认人格权作为一项独立制度存在的必要性，实际上还是受到了“重物轻人”的立法观念的影响，这种观念是不可取的。第二，人格权法和主体制度有密切联系，但主体的人格和人格权是两个不同的概念，对人格权的侵害不仅仅涉及对人格的侵害，而且也会造成对公民人身利益甚至财产利益的损害，它涉及民法中的许多内容，并非单纯的主体制度所能概括的。第三，人格权制度也不能够完全为侵权行为制度所概括。尽管侵权行为法能够为人格权提供保障，但人格权的确认，是侵权行为法所不能解决的。人格权必须法定化，这就决定了人格权必须通过专设一项制度来加以确定。

5. 知识产权制度

知识产权制度是否应包括在民法中, 争议很大。有些学者认为知识产权有其特殊性, 并不完全运用民法的基本原则, 因而应成为一个独立的法律部门。我们认为, 这一观点不够妥当。我们否认知识产权制度的特殊性, 但归根结底, 知识产权仍然是一种民事权利, 其本质属性是财产权利和人身权利的结合, 而且我国民法通则已在民事权利一章中专设知识产权一节。现行的合同法律制度, 也对知识产权的转让和利用设有专门规定。这就说明, 我国现行法已认为知识产权制度属于民法的组成部分。因而, 我国未来民法典中, 应包含知识产权法的内容。

6. 侵权责任制度

对人格权、物权、知识产权等权利和利益的侵害都将构成侵权。侵权法是保障民事权利的法律。关于侵权行为法是否应当与债法保持相对独立, 从而成为民法中一项独立的制度, 在学术界历来存在着争议。传统民法都从债的发生原因考虑而将侵权法作为债法的组成部分。我们认为, 侵权行为法应当从债法体系中分离出来, 从而成为民法体系中独立的一支。侵权行为法归属于债法并非天经地义, 因特定的文化及法律因素作用所导致的英美法系侵权行为法的独立模式, 更具有合理性。而在大陆法的债法体系中, 侵权法并没有找到适当的位置, 债法体系主要是以合同法为中心建立起来的, 债法主要是合同法, 学者对债法性质的表述(如认为债法是交易法、任意法)完全不符合侵权法的性质。债的一般规则主要适用于合同之债, 而不完全适用于侵权之债。将侵权法置于债法之中, 极不利于侵权法的发展。所以, 侵权行为法从债法中独立, 应是创建我国新的民法体系的组成部分。这种独立并不否认债的概念及规则, 而是使其更加合理和清晰, 进而与其他法律规范共同构成科学的、符合中国国情的民法体系。

与侵权法的独立有关的是民事责任制度的独立性问题。传统的大陆法民法典中并未

将民事责任问题集中作出规定, 而是将各类责任在各个民法制度中单独作出规定, 我国的《民法通则》一改传统民法典的编制体例, 单设第六章规定了民事责任。许多学者认为, 民事责任制度的设立, 强调了国家对民事关系的干预及对民事权利的保障, 在体例上具有创新意义, 我国将来制定民法典时, 应从整体上构建民事责任制度。我们认为此种观点是值得商榷的。诚然, 债与责任是不同的概念, 债是特定的债务人对特定的债权人所应负的义务, 而责任是不履行义务的后果, 债与责任的概念的区别, 可以成为侵权责任与债务分离的原因, 但不应成为民事责任单独设立的根据。单设民事责任的缺陷在于:

第一, 使责任与义务分离。责任作为违反义务的法律后果, 应与民法关于义务的规定密切联系在一起, 先有义务才有责任的发生。而债务等义务只能在债和合同法等分则中作出规定, 如果总则中规定了民事责任, 则与分则中规定的各类义务相互分离。

第二, 在立法技术上缺乏逻辑性。如违约责任不是在合同法而是在总则中的民事责任制度中规定, 这并不合理, 因为只有合同的各项制度都作出了规定以后, 才能出现违约责任制度, 合同的基本概念等尚未出现, 便出现了违约责任制度, 显然导致了规则的先后次序颠倒。这种设计也忽略了责任的基础在于请求权的行使, 无请求权基础问题的规定, 责任的规定是缺乏合理性的。

第三, 现行民法通则关于民事责任的规定, 主要规定了违约责任和侵权责任的基本规则及其共同的规则, 然而民事责任并不限于这两种责任, 还包括缔约上的过失责任、不当得利返还责任、无因管理之债中本人返还管理人支出的必要费用的责任, 各种责任形式的个性远远大于其共性, 这就决定了将各种责任在各项制度中分别作出规定, 应较之于将各种责任集中作出规定更合理, 且集中规定也十分繁杂, 很难统一。现行《民法通则》第134条专门规定承担民事责任的十



种形式,表面上看,此种列举方式使法官或当事人易于了解民事责任承担究竟有哪些形式,实际上因不同的责任形式是与不同的责任联系在一起的(如违约金是承担违约责任的形式,恢复名誉是侵害名誉权的责任形式),只有在不同的责任中规定各种责任形式,才真正便于法官或当事人实际了解并合理运用这些责任形式。

7. 财产继承制度

财产继承制度是有关自然人死亡后将其遗留的财产转移给生者的法律制度。从实质上看,自然人的财产继承权不过是被继承人财产所有权在其死后的延伸,保护自然人的财产继承权是保护其财产所有权的重要组成部分。因此,财产继承制度是民法的重要组成部分。不过也要看到,由于财产继承主要发生在具有一定身份关系(如婚姻关系、血缘关系)的自然人相互之间,并且主要是家庭成员相互间基于扶助、赡养、抚育而产生的财产关系在一方死亡时的体现,因此,民法调整财产关系的一些原则并不能完全适用于财产继承权关系。

民法的其他制度,如民事法律行为、代理、时效等制度,也是配合上述制度发挥作用的。它们也和商品经济关系有着密切的联系。民事法律行为制度为商品所有者和经营者从事商品交换活动确立了行为的准则,代理制度解决了商品经营者在交换活动中因时间和空间的分离以及专业、技术等能力的限制所产生的困难,而时效制度可以有力地促进商品流通,加速商品的周转。这些制度都是民法的组成部分。

★★★★★构建民法典体系的意义与必要性

所谓民法典的体系,是调整平等主体之间的关系、具有内在有机联系的规则体系,也可以说是将民法的各项规则有机地组合在民法典中的逻辑体系。当前,针对民法是否应该法典化存在“民法法典化”、“解法典化”和“反法典化”三种不同的观点。“民法法典化”的观点认为,由于社会经济生活

的日趋复杂和科学技术的突飞猛进,传统的民法典的文本已经不能适应现实的需要,有必要重新制定民法典。“解法典化”理论认为,由于民事特别法在实际生活中不断取代民法典调整民事关系,在特别法的侵蚀下,传统民法典已经走到了尽头,已经被特别法所分解,我们正处在一个“法典分解”的时代。“反法典化”观点认为,在英美法判例法思潮的冲击和影响下,一些大陆法系学者主张援引英美法判例规则,反对民法法典化。其主要理由是:民法典不能够全面、及时地调整纷繁复杂和新出现的法律现象,表现的是一种僵化的立法模式;民法法典化体现专制集权的政治思想,有悖于民主的时代潮流。我们认为,构建民法典体系不仅具有必要性,而且对于民商法学发展具有重要意义。

第一,体系化与系统化是民法典的内在要求。近代意义上的法典作为最高形式的成文法,是追求体系化与严密逻辑性的法典。民法典就是以体系性以及由之所决定的逻辑性为重要特征的,体系是民法典的生命,缺乏体系性与逻辑性的“民法典”只能称为“民事法律的汇编”,而不能称之为民法典。民法典必须满足形式合理性的要求,而这种形式的合理性很大程度上就体现在其体系的完整性之上。居于民法典的支柱与骨架地位的民法典的体系可以发挥预先规划、提纲挈领的作用,使民法典层次分明、构造严谨。

第二,体系化有助于在整个民法典的体系制度中充分贯彻民法的基本价值观念,如平等、诚实信用、私法自治、维护交易安全等,同时有助于消除和防止整个法典价值观念彼此之间的冲突和矛盾。单行的法律固然能够在社会生活中的某一领域贯彻一种或多种民法价值观念,但是无法在全部民事法律领域中实现诸多民法基本价值观念的和谐融洽。诚如我国台湾地区学者王泽鉴先生所言,民法典的制定乃基于法典化的理念,即将涉及民众生活的私法关系,在一定原则之下作通盘完整的规范。当对交易安全的维护与对所有权的保护发生冲突之时,现代民法

优先保护的是交易安全。只有通过民事法律规范的法典化才能够使民法中的各种价值贯彻如一,并协调它们相互之间的冲突与矛盾。

第三,体系化有助于消除现行民事法律制度的混乱与冲突,将各项法律制度整合为一个有机的整体,从而建立起内在和谐一致的民事规范体系。由于我国许多单行民事法律法规都是在改革的不同阶段制定的,有些法律也是为了适应改革的不同阶段对法律调整的需求或者是为了适应特定的目的或环境而采取的权宜之计。由于在立法之初对嗣后所进行的一系列立法活动缺乏通盘的考虑,也由于没有考虑到民法自身的体系化,这就使得各个法律法规之间经常存在着冲突与矛盾的现象。在民法典的制定过程中,通过确立民法典的体系,能够消除现行民事法律制度中的混乱与冲突,将各项法律制度整合为有机的整体,从而实现我国民事法律的统一,建立起内在和谐一致的民事规范体系。

第四,依照科学的、完备的体系所构建的民法典有助于民法规范的遵守与适用。一方面,民法的法典化可以为法官和其他法律工作者适用民法提供极大的便利,成文的民法典之所以不同于判例法,其重要的特点就在于适用的方便性。另一方面,体系化也将促使法律工作者在适用民法之时形成体系化的思维观念,体系化要求我们去掌握体系化的民事法律规范。

第五,体系化有助于通过保证民事法律规范的稳定性,从而最终实现社会生活关系的稳定性及人们在社会生活中的可预期性。诚如我国台湾地区学者黄茂荣教授所言,法律体系不但可以提高法之“可综览性”,从而提高其适用上之“实用性”,而且可以提高裁判上之“可预见性”,从而提高“法之安定性”,只要由之所构成的体系“圆满无缺”,则光凭逻辑的运作便能圆满解答每个法律问题。民法典的体系化就是要将市民社会生活中最基本的规则抽象出来,在民法典中加以规定,通过此种体系的安排使其成为

稳定的规则,获得长久的生命力,不因国家的某项政策而随意发生改变。

总而言之,“明者因时而变,知者随世而制”,我们一定要从中国的实际出发,构建具有中国特色的民法典体系,并在此基础上制定出一部符合中国国情、反映时代需要、面向 21 世纪的民法典,这样才能使民法典的制定发挥出在社会生活中的巨大作用,并为世界法学的发展作出我们应有的贡献!

★★★★民法的渊源

民法的渊源是指民事法律规范借以表现的形式,它主要表现在各国家机关根据其权限范围所制定的各种规范性文件之中。

1. 宪法

宪法是国家的根本法,由全国人民代表大会制定,并具有最高的法律效力。宪法中关于社会主义建设的方针和路线的规定、关于财产所有制和所有权的规定、关于公民基本权利和义务的规定等,都是调整民事关系的重要法律规范,也是《民法通则》和各种单行民事法规必须遵循的法律依据。近年来,我国一些地方的法院在民事和经济审判中,在缺乏实体法依据时,曾援引宪法为依据,表明宪法具有可司法性。

2. 民事法律

民事法律是由全国人民代表大会及其常委会制定和颁布的民事立法文件,是我国民法的主要表现形式。其中,《民法通则》在民事法律中具有特别重要的意义,它是我国基本的民事法律,其效力仅次于宪法。在合同法方面,我国已于 1999 年 3 月 15 日由九届人大二次会议通过了《中华人民共和国合同法》,并于 1999 年 10 月 1 日生效。在物权法方面,我国已于 2007 年 3 月 16 日由十届人大五次会议通过了《中华人民共和国物权法》,并于 2007 年 10 月 1 日生效,此外在《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《担保法》等法律中也有物权规范。在知识产权法方面,我国已颁布了《专利法》、



《商标法》、《著作权法》。在亲属法方面,我国有《婚姻法》、《继承法》、《收养法》。在商法方面,我国已制定了《公司法》、《保险法》、《海商法》、《票据法》、《证券法》等法律。可见,我国民事立法的基本规则已经建立,但仍然需要制定一部民法典予以完善。

3. 国务院发布的民事法规、决议和命令

国务院是国家最高行政机关,它可以根据宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的授权,制定、批准和发布法规、决议和命令,其中有关民事部分的法规、决议和命令,是民法的重要表现形式,其效力仅次于宪法和民事法律。

4. 最高人民法院的指导性文件

最高人民法院是我国的最高审判机关,依法享有监督地方各级人民法院和各专门人民法院的审判工作的职权。为了在审判工作中正确贯彻执行法律,它可以在总结审判实践经验的基础上发布司法解释性文件,包括发布在审判工作中适用某个法律的具体意见(如颁行《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》),以及对具体案件如何适用法律作出批复。

5. 国务院各部委依据法律、行政法规所制定的规范性文件

上述规范性文件又称为行政规章,规章并不属于立法,但在司法审判活动中,行政规章应当作为裁判的重要参考。

6. 地方性民事规范

地方性民事规范是指地方各级人民代表大会、地方各级人民政府、民族自治地方的自治机关在宪法、法律规定的权限内所制定、发布的决议、命令、地方性法规、自治条例、单行条例中有关民事的法律规范。尽管地方立法必须依据宪法、法律、行政法规而制定,在效力范围上具有从属性,且在适用范围上具有地域局限性,但地方性法规也是地方权力机关依据宪法的授权而制定的法规,同样具有法律效力,属于法的重要渊源。

7. 国家认可的民事习惯

在我国,习惯作为民法的渊源是受限制的,只有经国家认可的习惯,才具有民法渊源的意义。我国是幅员辽阔的多民族国家,在少数民族聚居的地区,习惯在民法渊源中具有一定的意义。如1951年最高人民法院西南分院关于赘婿要求继承岳父母财产问题的批复中指出:“如当地有习惯,而不违反政策精神者,则可酌情处理。”

8. 判例法

我国传统上属于大陆法系,不承认判例法的地位。我们认为,我国虽为成文法国家,但建立判例制度不仅将我国历史上重视判例的做法得以保持和发展,而且也完全符合当今世界各国法律发展的趋向。

最后需要讨论法律渊源的扩张问题。当一项正式法律规定表现出可能会产生两种或两种以上解释的模棱两可性和不确定性的时候,所谓的“法律渊源扩张”或者叫做“非正式法律渊源”就显得至关重要。一方面是法律原则的适用,从“原则”在法律体系中的地位上看,原则是可以作为众多法律规则之基础或本源的综合性和稳定性的原理和准则。司法者对待这些未被法律化而在现实生活中确实发挥调控作用的“原则”,不能仅仅以之作为一种非正式的法律渊源,而应当有目的地根据实际情况取舍。另一方面是道德的适用,任何一种法律体系的建立,都需要以该社会相关的“道德”体系作为基础,法律必须具备一定的道德基础和道德目的。当然,立法层面对“道德”的吸收不仅是有条件的,而且必须是严格限制的,否则就会导致实践中扩大法律强制的范围,侵占“道德”调整的范围,从而构成对公民自由的妨碍和侵害。

1.3 真题演练

1. (论述题) 试述民法、商法、知识产权法的异同点。(30分)(中山大学,2010年民商法学)

【答案解析】

民法是调整平等主体的自然人、法人和其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和，它以平等民事主体之间的财产关系和人身关系为调整对象，并自成体系。民法以调整商品关系作为其主要任务，除民法以外，商法、知识产权法等部门法与民法相同，也都调整一定范围的经济关系，因此与民法有着密切的联系。不过，这些部门法与民法具有明显的区别。

关于民法和商法的关系历来存在着民商合一和民商分立的观点。民商分立的体制在19世纪以前已经形成。从19世纪开始，商法开始在许多大陆法系国家作为一个独立的法律部门出现，并已开始法典化。许多国家在民法典之外制定了商法典，从而形成了民商分立体制。但是，随着商品经济的发展，以及商人特殊利益的逐渐消失，需要用统一的法律规则来调整商品经济关系。特别是为了立法技术上的科学性，需要消除因民商分立带来的民商法之间的规范重复、矛盾等现象，因此，从19世纪末期以来，许多国家和地区开始推行民商法的统一。由于民商合一适应了社会商品经济发展的需要，反映了社会化大生产的要求，因而成为当代法律发展的一种趋势。

知识产权制度是否应包括在民法中，争议很大。有些学者认为知识产权有其特殊性，并不完全适用民法的基本原则，因而应成为一个独立的法律部门。我们认为，这一观点不够妥当。我们不否认知识产权制度的特殊性，但归根结底，知识产权仍然是一种民事权利，其本质属性是财产权利和人身权利的结合，而且我国民法通则已在民事权利一章中专设知识产权一节。现行的合同法律制度，也对知识产权的转让和利用设有专门规定。这就说明，我国现行法已认为知识产权制度属于民法的组成部分。因而，我国未来民法典中，应包含知识产权法的内容。

【应试策略】

全面而准确论述“民法、商法、知识产

权法之间的关系”给考生提出了两项要求：一是要鲜明地指出“民法、商法、知识产权法”的相同之处，那就是都是调整平等主体之间的财产关系，都是属于私法的范畴；二是要对民法与商法、知识产权法的关系作出明确的立场，要么支持民商合一、民知合一，要么支持民商分立、民知分立。观点允许存在差异，但是论述必须要充分有理。在这一问题上，我们坚持了“民商合一、民知合一”的观点。

【命题趋势】

“民法、商法、知识产权法之间的关系”这一知识点在今后研究生入学考试中的重要地位依旧不会改变，主观论述题与简答题出现的概率均比较大。尤其是对于中国人民大学、中山大学等注重基础理论考查的院校来说，有可能继续成为以后考研的重点。因此不仅要求考生对知识点的熟练记忆把握，更需要举一反三，比如，以后有可能考查“民法与经济法、行政法、社会法等其他部门法的异同”的知识点，考生要掌握民法的核心特征，培养整体性和发散性思维，以不变应万变，解决不同类型的问题。

2. (简答题) 民法的特点及其表现。
(8分) (清华大学, 2009年民商法学)

【答案解析】

民法是调整平等主体的自然人、法人和其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。民法作为我国法律体系中的一个重要部门，较之于其他部门法具有如下特点：

第一，民法是权利法。民法最基本的职能在于对民事权利的确认和保护，这就使民法具有权利法的特点。无论在不同历史时期，不同所有制的社会的民法所保障的权利在性质上存在着何种区别，各个社会的民法都坚持了一个最基本的共性：即民法以权利为核心，换言之，民法就是一部权利法。

第二，民法的内容主要是私法。民事关系，特别是合同关系充分强调当事人依法享有意思的自由。将民法归入私法的范畴，强



调对自然人的权利的充分保护,对于培养和发展自然人的权利意识和平等观念,是十分必要的。明确民法为私法,就是要在民法中尤其是在合同法中应尽量限制强行性规范,努力扩大任意性规范,努力减少对当事人从事合法的民事行为所施加的限制。

第三,民法主要是实体法。民法既是行为规范又是裁判规则。民法的规则是司法机关正确处理民事经济纠纷所要依循的基本准则。民法为司法裁判提供了一套基本的体系、框架、规范和术语。它为司法过程提供了一套明确的、完整的规范,力求通过法律的制定使整个司法过程都处于法律的严格控制之下。

第四,民法具有一定程度的任意性。由于在市场经济条件下,交易的发展和财产的增长要求市场主体在交易中能够独立自主,并能充分表达其意志,因此法律应为市场主体的交易活动留下广阔的活动空间,政府对经济活动的干预应限制在合理的范围内。市场经济对法律所提出的尽可能赋予当事人行为自由的要求,在民法中表现得最为彻底。民法主要是通过任意性规范而不是强行性规范来调整交易关系的。

第五,民法强调平等协商和等价有偿原则。民法规范的主要对象是财产所有和交易关系,而交易关系本质上需要遵守平等协商和等价有偿原则。平等协商原则要求不同的民事主体参与民事关系具有平等的地位,在民事活动中能独立地表达自己的意志,其合法权益平等地受法律保护。等价有偿原则要求民事主体在从事移转财产的民事活动中,一方取得的财产与其履行的义务,在价值上大致是相等的,一方给他方造成损害,应以给受损害方以与损害同等价值的补偿为原则。

【应试策略】

本题考查的是“民法的特点”这一知识点。准确理解民法的特点是我们学好民商法学的基础。全面而准确论述“民法的特点”需要我们要有一定的思维,即我们要从

民法与其他部门法的不同来表现民法的特点;我们要有系统的思维,即我们要从民法的价值理念出发,系统地抽象出民法的特点;我们要有丰富的材料支持,即我们要通过列举大量的论据材料来反映民法的特点,因为本题不仅考查了民法的特点,还考查了民法特点的表现。

【命题趋势】

“民法的特点”这一知识点是多所院校考查民商法学习者的重点知识。这一考点既可以以“论述题”的形式进行考查,如“试论述民法的特点”;也可以以“简答题”的形式进行考查,如本题所示;还可以以“名词解释”的形式对民法的某个特点进行考查,如考查“民法的任意性”、“民法的平等协商原则”或者“民法的等价有偿原则”等。考生要牢牢把握这一知识点。

3. (简答题)为什么说民法是市场经济的基本法?(模拟练习)

【答案解析】

民法始终与商品经济或者市场经济的发展紧密联系在一起。民法不过是将经济规则翻译成法的语言。现代民法的民事主体制度、物权制度、债和合同制度以及客体制度,都是直接针对现代市场经济的法律调整而设置的民法制度。

(1) 民事主体制度。民事主体是静态的的所有者即商品的“监护人”,又是动态的交易者。我国民事主体制度就是关于独立民事主体所必须具备的民事权利能力及民事行为能力等方面的规定,是商品关系的当事人在法律上的反映,民事主体制度确认他们在商品经济活动中的主体资格,进一步平等保护他们的合法民事权益。

(2) 物权制度。商品交换关系的前提是交易主体彼此承认对方是私有者,物权制度就界定了民事主体财产归属关系,完成产权初始界定,一定程度上物权尤其是所有权既是商品交换关系的前提又是交换的结果。

(3) 债和合同制度。债和合同制度是商品及服务交易在法律上的体现,是商品流

通领域中最一般、普遍的法律规范，现代市场经济交易活动大都采用合同的形式，债与合同制度正好能够确认合同的法律效力，也构成保护正常交换活动的具体规则。

(4) 客体制度。民法所确认的权利客体也是随着交易的需要而产生和发展的，表现之一是权利和物结合共同构成法律上的集合物并成为所有权的客体和交易的对象，这就使得交易对象扩大化，有利于提高对物的

利用效率；表现之二在于有价证券成为财产的重要客体，并被视为新的动产，这就改变了对于财产的传统认识，使得财产易于保管和流转，极大地促进了市场经济的发展。

总之，民法是市场经济的基本法，这意味着市场经济的建立和完善离不开民法的支持，同时也意味着民法制度应该按照市场经济的内在要求去构建，以适应市场经济的运行规律。

参考文献

- [1] 王利明：《民法》（第四版），中国人民大学出版社 2008 年版。
- [2] 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2003 年版。
- [3] 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版。
- [4] 李永军：《民法总论》，法律出版社 2006 年版。
- [5] 龙卫球：《民法总论》（修订版），中国法制出版社 2002 年版。
- [6] 姚辉：《民法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社 2007 年版。