



滚动修订

FAXUE SHUOSHI KAOYAN  
FU XI ZHI NAN  
MINSHANGFAXUE

最新版

# 法学硕士考研复习指南

## 民商法学

主编 叶希善

.....」提炼考研技巧 传授成功经验

.....」聚焦专业热点 揭示命题规律

.....」北京大学、人民大学、中国政法大学等著名  
法学院历年真题精解——考研必备资料

中国法制出版社

# 法学硕士考研复习指南

## 民商法学

|      |     |     |     |     |  |
|------|-----|-----|-----|-----|--|
| 主 编  | 叶希善 |     |     |     |  |
| 编写人员 | 邓 丽 | 曹明明 | 夏 凡 | 周 艳 |  |
|      | 戴 岱 | 姚 飞 | 景朝阳 | 刘蕊娟 |  |
|      | 程 明 | 王希明 | 陈 强 | 方文芳 |  |
|      | 蔡 贤 | 何 明 | 王晓健 |     |  |

中国法制出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

民商法学/叶希善主编. —北京: 中国法制出版社,  
2004. 7

(法学硕士考研复习指南)

ISBN 7 - 80182 - 328 - 1

I. 民… II. 叶… III. ①民法 - 中国 - 研究生  
- 入学考试 - 自学参考资料 ②商法 - 中国 - 研究生  
- 入学考试 - 自学参考资料 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 073007 号

法学硕士考研复习指南

民商法学

MIN SHANG FA XUE

主编/叶希善

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2005 年 8 月第 2 版

印张/ 24.5 字数/ 702 千

2005 年 8 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 328 - 1

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66070041

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

编辑部电话: 66022958

读者俱乐部电话: 66033288

邮购部电话: 66026596

# 编辑说明

在依法治国、推进社会主义法治建设的进程中，法律型人材的培养至关重要。为适应社会发展对法律型人材的大量需求，近些年来，法学硕士研究生入学考试制度日臻完善，招生规模也不断扩大，相应地，法学硕士研究生入学考试竞争也日趋激烈。为了有助于学子们能够在激烈竞争中顺利通过法学硕士入学考试，应广大考生的迫切要求，我们再次出版了这套《法学硕士考研复习指南》。承担本套丛书编写工作的同志，分别是毕业于北京大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学等著名高等学府的法学硕士、法学博士。他们都曾以高分考取上述各校的硕士研究生，既有深厚的法学专业知识，也有针对入学考试的应试技巧和成功经验，具备编写本套丛书的能力和责任心。

本丛书2004年首批推出，受到广大考生的普遍好评。2005年编者根据最新的考研信息进行精心修订，再次推出：《宪法与行政法学》、《刑法学》、《民商法学》、《刑事诉讼法学》、《民事诉讼法学》、《经济法学》、《国际法学》共7册，每册均由“成功经验借鉴及考试技巧”、“专业热点聚点”和“历年真题解析”三部分构成。本套丛书具有如下特点：

1. **全面。**本套丛书针对法学硕士入学考试中的不同专业分类编写，内容涵盖招收法学硕士的各主要高校关于各专业2000年以来的考试真题，并在此基础上逐一进行了详细解析。编者采用比较分析的方法对每道题目的答案做了仔细推敲和筛选，能够做到准确、翔实和全面。

2. **新颖。**本套丛书紧扣2003年开始教育部有关硕士研究生入学考试的改革措施，针对有些学校可能降低专业课在初试中的比值、有些学校的有些专业可能在初试中不设专业课考试等趋势，在以往考试内容的解析上尽量使涉及范围扩大，以便考生应对灵活性较强的专业课复试考试。

3. **实用。**本套丛书每册都撰写了针对不同专业的经验借鉴和考试技巧，扩大考生的信息掌握情况。丛书还对各高校专业课试题出题思路和命题规律做了有见地的分析，并且针对不同的出题思路对各高校2006年考研试题做了可信赖的预测和讲解，以供考生在有限的时间内有效率地复习，做到事半功倍。

由于时间紧迫，错误在所难免，敬请广大读者批评指正。

各位考生，相信本套丛书对您的帮助！更祝您在考研路上的辛勤汗水有丰厚的收获！

中国法制出版社

# 目 录

## 第一部分 成功经验借鉴及考试技巧

|                   |     |
|-------------------|-----|
| 一、专业与院校报考指南 ..... | (1) |
| 二、初试应试技巧 .....    | (1) |
| 三、专业复试技巧 .....    | (3) |

## 第二部分 专业热点聚焦

|                      |      |
|----------------------|------|
| 一、学科性质及体系结构 .....    | (4)  |
| 二、专题学术观点综述 .....     | (4)  |
| (一) 民商法理论争点 .....    | (4)  |
| 1. 关于民法典编纂 .....     | (4)  |
| 2. 关于人格权应否独立成编 ..... | (7)  |
| 3. 关于财产法抑或物权法 .....  | (8)  |
| 4. 关于物权法体系 .....     | (9)  |
| 5. 关于破产法立法的争论 .....  | (10) |
| (二) 各领域主要研究成果 .....  | (11) |
| 1. 民法总论 .....        | (11) |
| 2. 人格权法 .....        | (14) |
| 3. 物权法 .....         | (15) |
| 4. 债与合同法 .....       | (20) |
| 5. 侵权行为法 .....       | (25) |
| 6. 知识产权法 .....       | (26) |
| 7. 商法总论 .....        | (32) |
| 8. 公司法 .....         | (33) |
| 9. 证券法 .....         | (35) |
| 10. 票据法 .....        | (37) |
| 11. 保险法 .....        | (38) |
| 12. 破产法 .....        | (38) |
| 13. 海商法 .....        | (39) |

## 第三部分 历年真题解析

|                  |      |
|------------------|------|
| 一、北京大学 .....     | (41) |
| (一) 历年真题解析 ..... | (41) |

|                                                                           |       |
|---------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. 北京大学 2000 年民商法专业试题 .....                                               | (41)  |
| 2. 北京大学 2001 年民商法专业试题 .....                                               | (41)  |
| 3. 北京大学 2002 年民商法专业试题 .....                                               | (42)  |
| 4. 北京大学 2003 年民商法专业综合 (法理学、宪法与行政法学、刑法) 试题<br>及解析 .....                    | (43)  |
| 5. 北京大学 2003 年民商法专业试题及解析 .....                                            | (48)  |
| 6. 北京大学 2004 年民商法专业综合 (宪法、行政法、刑法、国际公法、刑事<br>诉讼法) 试题及解析 (A 卷) .....        | (53)  |
| 7. 北京大学 2004 年民商法专业综合 (法理学、民法、民事诉讼法、国际经济<br>法、经济法) 试题及解析 (B 卷) .....      | (60)  |
| 8. 北京大学 2005 年民商法专业综合 (宪法学、行政法、刑法、国际法、刑事<br>诉讼法) 试题及解析 (A 卷) .....        | (70)  |
| 9. 北京大学 2005 年民商法专业综合 (法理学、民商法学、民事诉讼法学、国<br>际经济法学、经济法学) 试题及解析 (B 卷) ..... | (79)  |
| (二) 北京大学命题规律分析及应试技巧 .....                                                 | (86)  |
| (三) 北京大学硕士研究生导师简介 .....                                                   | (87)  |
| 二、中国人民大学 .....                                                            | (89)  |
| (一) 历年真题解析 .....                                                          | (89)  |
| 1. 中国人民大学 2000 年民商法专业试题 .....                                             | (89)  |
| 2. 中国人民大学 2001 年民商法专业试题 .....                                             | (89)  |
| 3. 中国人民大学 2002 年民商法专业试题 .....                                             | (89)  |
| 4. 中国人民大学 2003 年民商法专业试题及解析 .....                                          | (89)  |
| 5. 中国人民大学 2003 年民商法专业综合 (法理学、中法史、宪法、刑法、诉<br>讼法) 试题及解析 .....               | (94)  |
| 6. 中国人民大学 2004 年民商法专业综合 (法理学、中国法制史、宪法、刑法、<br>诉讼法) 试题及解析 .....             | (99)  |
| 7. 中国人民大学 2004 年民商法专业试题及解析 .....                                          | (103) |
| 8. 中国人民大学 2005 年民商法专业综合 (法理学、中国法制史、宪法、刑法、<br>诉讼法) 试题及解析 .....             | (106) |
| 9. 中国人民大学 2005 年民商法专业试题及解析 .....                                          | (112) |
| (二) 中国人民大学命题规律分析及应试技巧 .....                                               | (118) |
| (三) 中国人民大学硕士研究生导师简介 .....                                                 | (118) |
| 三、清华大学 .....                                                              | (121) |
| (一) 历年真题解析 .....                                                          | (121) |
| 1. 清华大学 2005 年民商法专业综合 (民商法、经济法、环境法、民诉法) 试<br>题及解析 .....                   | (121) |
| 2. 清华大学 2005 年民商法专业综合 (法理学) 试题及解析 .....                                   | (126) |
| 四、武汉大学 .....                                                              | (132) |
| (一) 历年真题解析 .....                                                          | (132) |
| 1. 武汉大学 2000 年民商法专业试题 .....                                               | (132) |
| 2. 武汉大学 2001 年民商法专业试题 .....                                               | (133) |
| 3. 武汉大学 2002 年民商法专业试题 .....                                               | (134) |

|                                                               |       |
|---------------------------------------------------------------|-------|
| 4. 武汉大学 2003 年民商法专业试题及解析 .....                                | (134) |
| 5. 武汉大学 2003 年民商法专业综合 (法理学、民事诉讼法、宪法、知识产权<br>法) 试题及解析 .....    | (140) |
| 6. 武汉大学 2004 年民商法专业综合 (法理学、宪法学、民事诉讼法学、知识<br>产权法学) 试题及解析 ..... | (146) |
| 7. 武汉大学 2004 年民商法专业试题及解析 .....                                | (156) |
| 8. 武汉大学 2005 年民商法专业综合 (法理学、宪法学、刑法学、行政法学、<br>国际法学) 试题及解析 ..... | (164) |
| 9. 武汉大学 2005 年民商法专业试题及解析 .....                                | (174) |
| (二) 武汉大学命题规律分析及应试技巧 .....                                     | (182) |
| (三) 武汉大学硕士研究生导师简介 .....                                       | (183) |
| 五、中国政法大学 .....                                                | (185) |
| (一) 历年真题解析 .....                                              | (185) |
| 1. 中国政法大学 2000 年民商法专业试题 .....                                 | (185) |
| 2. 中国政法大学 2001 年民商法专业试题 .....                                 | (186) |
| 3. 中国政法大学 2002 年民商法专业试题 .....                                 | (188) |
| 4. 中国政法大学 2003 年民商法专业综合 (外国法制史、行政法学、国际私法)<br>试题及解析 .....      | (189) |
| 5. 中国政法大学 2003 年民商法专业综合 (法理学、民事诉讼法学、民法学)<br>试题及解析 .....       | (195) |
| 6. 中国政法大学 2003 年民商法专业试题及解析 .....                              | (202) |
| 7. 中国政法大学 2004 年民商法专业综合 (法理学、外国法制史、民事诉讼法)<br>试题及解析 .....      | (206) |
| 8. 中国政法大学 2004 年民商法专业试题及解析 .....                              | (214) |
| 9. 中国政法大学 2005 年民商法专业综合 (民法学、民事诉讼法、国际私法)<br>试题及解析 (A 卷) ..... | (221) |
| 10. 中国政法大学 2005 年民商法专业综合 (民法、民事诉讼法、国际私法)<br>试题及解析 (B 卷) ..... | (230) |
| 11. 中国政法大学 2005 年民商法专业综合 (法学理论、宪法学) 试题及解析<br>(A 卷) .....      | (237) |
| 12. 中国政法大学 2005 年民商法专业综合 (法学理论、宪法) 试题及解析<br>(B 卷) .....       | (245) |
| (二) 中国政法大学命题规律分析及应试技巧 .....                                   | (252) |
| (三) 中国政法大学硕士研究生导师简介 .....                                     | (252) |
| 六、华东政法学院 .....                                                | (254) |
| (一) 历年真题解析 .....                                              | (254) |
| 1. 华东政法学院 2000 年民商法试题 .....                                   | (254) |
| 2. 华东政法学院 2001 年民商法试题 .....                                   | (254) |
| 3. 华东政法学院 2002 年民商法试题 .....                                   | (255) |
| 4. 华东政法学院 2003 年民商法专业试题及解析 .....                              | (257) |
| 5. 华东政法学院 2003 年民商法专业综合 (法理学、宪法、中国法制史) 试题<br>及解析 .....        | (261) |

|                                                       |       |
|-------------------------------------------------------|-------|
| 6. 华东政法学院 2005 年民商法专业综合 (法理学、宪法学、中国法制史) 试题及解析 .....   | (265) |
| (二) 华东政法学院命题规律分析及应试技巧 .....                           | (269) |
| (三) 华东政法学院硕士研究生导师简介 .....                             | (270) |
| 七、西南政法大学 .....                                        | (273) |
| (一) 历年真题解析 .....                                      | (273) |
| 1. 西南政法大学 2000 年民商法专业试题 .....                         | (273) |
| 2. 西南政法大学 2001 年民商法专业试题 .....                         | (274) |
| 3. 西南政法大学 2002 年民商法专业试题 .....                         | (275) |
| 4. 西南政法大学 2003 年民商法专业试题及解析 .....                      | (276) |
| 5. 西南政法大学 2003 年民商法专业综合 (法理学、中国宪法学、中国法制史) 试题及解析 ..... | (279) |
| 6. 西南政法大学 2004 年民商法专业综合 (法理学、中国法制史) 试题及解析 .....       | (285) |
| 7. 西南政法大学 2004 年民商法专业试题 .....                         | (287) |
| 8. 西南政法大学 2005 年民商法专业综合 (法理学、中国宪法学、中国法制史) 试题及解析 ..... | (288) |
| 9. 西南政法大学 2005 年民商法专业试题及解析 .....                      | (296) |
| (二) 西南政法大学命题规律分析及应试技巧 .....                           | (305) |
| (三) 西南政法大学硕士研究生导师简介 .....                             | (306) |
| 八、西北政法学院 .....                                        | (310) |
| (一) 历年真题解析 .....                                      | (310) |
| 1. 西北政法学院 2000 年民商法专业试题 .....                         | (310) |
| 2. 西北政法学院 2001 年民商法专业试题 .....                         | (310) |
| 3. 西北政法学院 2003 年民商法专业综合 (法理学、宪法学、民诉) 试题及解析 .....      | (311) |
| 4. 西北政法学院 2003 年民商法专业综合 (刑法、行政法、国际私法) 试题及解析 .....     | (317) |
| 5. 西北政法学院 2004 年民商法专业综合 (法理学、民事诉讼法、宪法学) 试题及解析 .....   | (323) |
| 6. 西北政法学院 2004 年民商法专业综合 (刑法、行政法、国际私法) 试题及解析 .....     | (329) |
| 7. 西北政法学院 2005 年民商法专业综合 (法理学、刑法、行政法) 试题及解析 .....      | (336) |
| 8. 西北政法学院 2005 年民商法专业试题及解析 .....                      | (342) |
| (二) 西北政法学院命题规律分析及应试技巧 .....                           | (348) |
| (三) 西北政法学院硕士研究生导师简介 .....                             | (349) |
| 九、中南财经政法大学 .....                                      | (350) |
| (一) 历年真题解析 .....                                      | (350) |
| 1. 中南财经政法大学 2000 年民商法专业试题 .....                       | (350) |
| 2. 中南财经政法大学 2001 年民商法专业试题 .....                       | (350) |
| 3. 中南财经政法大学 2002 年民商法专业试题 .....                       | (350) |
| 4. 中南财经政法大学 2003 年民商法专业试题及解析 .....                    | (351) |

|                                                      |       |
|------------------------------------------------------|-------|
| 5. 中南财经政法大学 2003 年民商法专业综合 (民事诉讼法、法理学) 试题及解析 .....    | (354) |
| 6. 中南财经政法大学 2004 年民商法专业综合 (民事诉讼法、商法、法理学) 试题及解析 ..... | (362) |
| 7. 中南财经政法大学 2004 年民商法专业试题及解析 .....                   | (370) |
| (二) 中南财经政法大学命题规律分析及应试技巧 .....                        | (374) |
| (三) 中南财经政法大学硕士研究生导师简介 .....                          | (375) |

# 第一部分 成功经验借鉴及考试技巧

## 一、专业与院校报考指南

由于知识经济的发展、人才流动的简易化和生活方式的多元化,考研的意义就不再仅仅是一次入学考试了,对于很多应届生来说,它可能意味着就业优势的提升,对于很多在职人士来说,它可能意味着生活方式和社会角色的变化,它还可能意味着生活区域的迁移等等。所以,考研本身应该是一次慎重的选择,而这一决定所指向的院校亦对该选择能否实现有着重大影响。

选择报考法学专业的研究生,进而又选择报考民商法专业的研究生,最终决定报考某一特定院校的研究生,这个过程中应当对自己及自己的未来有一个越来越清晰、越来越深入的认识和规划。首先,自己是否有研习法律的兴趣和基础,这其中,对该学科的兴趣和“感觉”应该是更重要的,因为对于学习过法律的人来说,基础是客观存在的,是否愿意继续学习当然就取决于主观上的兴趣了,而对于没有学习过法律的人来说,基础是不存在的或者说比较薄弱的,那么兴趣就更重要了,对法律现象有兴趣、愿意了解法律规定、愿意学习法律精神才能够下苦功夫去补足基础。而民商法是一个什么样的专业呢?从笔者的体会和同仁的交流来说,这是一个需要有些思想、有些理念并有一定思考能力的部门法学科。它需要从较为广阔的视角去观察和思考市民生活中的问题,需要有平等、正义的理念,同时又需要有经济分析的意识。总之,这是一个既可以发挥哲学思考和探讨深层价值理念、又可以灵活务实地应对现实生活的部门法,用有些学者的话来说,民法是塑造完美民法人的部门法,而我们学习和研究民法的过程就是观摩和尝试参与民法人的塑造过程,这其中的魅力与乐趣是不言而喻的。

但是,我们首先面对的现实问题是从何处入门,从何处得到这种学习和研究的机会。对于报考院校的恰当选择可能会在一定程度上决定我们是否能够尽快得到这种学习机会。笔者建议,对于仅有深造打算的同学来说,应较多地考虑各校本身的师资力量,对于有改变生活方式想法的同学来说,可能还要考虑到所处区域等其他的问题。但是

有一点是共同的,那就是你所报考的学校必须是你有条件获得可靠信息的学校。当然,现在的通讯方式和资讯交流都很方便,尤其是很多学校都会在网上公布自己的招生简章,这是一个很有利的条件。在此之外,如果与该校有其他的联系,比如有认识的同学、朋友等“故人”正在那里学习和生活,可以力求获得更多的感性和真实的认识,以确保自己的选择是建立在较为客观的基础之上。

在着手准备考研的过程中,一定要较早并尽可能详细地了解各校情况。这些情况包括该学校专业力量、导师组成、报考条件、考试科目、历年招生情况、试题特点等等。要避免在一些容易被忽视但又并非不重要的问题上出现差错,比如说“考到临头”才知道自己不符合所报考学校对学历、年龄或外语水平的限制等。这不仅是不能实现到该校深造的愿望的问题,而且还付出了“机会成本”,你本来可以选择另一所符合条件的学校的。有必要提醒一句非本书题内的话,那就是在选择院校时,别忘了打听一下该校的毕业生就业去向,这是一个较为现实的问题。

总之,选择报考某一特定院校民商法专业研究生,应当从自身和学校两方面对照考虑,自己是否符合该校的报考条件,能否得到可靠的信息,学校是否能够提供给自己期望中的学习、研究机会等等。选定报考学校之后,确定自己符合该学校的报考要求之后,要牢牢记住其报名时间、报名方式和报名手续等,程序上的工作要做到位,此外,还要搜集考试科目、历年试题、参考书目等信息,有条件的话可向在校生了解一下其所用教材、各导师学术观点和近期关注热点及争议点等问题,这些信息有助于备考,但是考生不能太依赖此种途径得到的信息,因为这毕竟是一种很零碎而又比较随意的说法,比较好的状态是适当留意但不必置于重心地位,以致影响整个复习安排。

## 二、初试应试技巧

研究生考试的特殊之处在于,由于是高等教育,各校拥有较大的自由裁量权,其初试和复试的方式、内容可能会有很大区别,因此,准确的信

息是非常重要的,这并不太难,只需从招生简章上寻找即可得到。一般来说,有两种方式,一种是初试时要进行专业课的笔试,复试时只进行专业课口试,而另一种则是初试时只进行综合课笔试,复试时进行专业课笔试和口试。后一种方式是某些学校新近开始实行的。两种不同的方式可能会对复习模式有一些不同的影响。比如说,如果是复试时才进行专业课笔试的话,跨专业报考的考生可以在初试前将较多的时间和精力放在综合课上,因为综合课的面比较广,对于没有法学基础的人来说压力比较大一些。但是也要切记,专业课的难度比综合课要大,所以在战略上要分清轻重,专业课要多花时间去体会、研究,而综合课则需要大量的识记。

根据具体情况制定了整体战略之后,就要尽快投入紧张而充实的复习中。只有全面、系统地掌握了相关知识,才可能减少“盲点”的比例,从而才能有较大的应试把握。无论受到怎样的干扰,有志于专心考研的同学一定要记住,相对于考场上的封闭环境来说,有机会翻阅课本去学习、去思考是一种莫大的幸福,所以,要珍惜机会。

学习的对象一定要清楚、准确。首先就是找准教材的问题。很多学校的招生简章上会附有各专业的参考书目,这些书往往是出题的依据。其实,从历年考题来说,那些基础性的问题大多都能在参考书中找到答案,有的题可能看起来虽然基础但又是一个特别的角度,没有这样想过的考生会觉得无从下手,但也许它源自某位命题老师独特的思考角度,这种思考方式在参考书目或该命题老师的著述中有较为明显的表现,从而有可能给我们带来一些解题的启发。还有些考题,题目本身是一个存在争议的基础问题但学界的观点已形成多数派,对于这样的考题也要特别小心,因为有可能参考书中该命题老师的所持观点正好是少数派,而且他详细地阐明了理由。如果你阅读过这些内容,并进行思考过,那么你就有了答题的基础,不致于轻率地随大流,而是可以在此基础上进行独立思考,或许还会产生一些有根据的想法。在这种状态下做题会富有成效,既把握了题目的意旨又能够展现自己的独特思考。所以,答题的基础是认真阅读对路的参考书。

但也有一些学校根本就不指定参考书目。那么从哪里去找到线索呢?这就要靠其他方面的信息了,比如说留意该校导师主编或参与撰写的教材,打听该校本科生用什么教材,打听该校老师为学生指定了哪些阅读书目。一般来说,首选该校主要导师主编的教材,其次是该校出版社的系列教材,比如中国人民大学出版社推出的“21世纪法学系列教材”,

然后是国家统一规划教材,比如“九五”规划高等学校法学教材。在时间上,要注意尽可能选用新版本的教材,因为学者的观点也是在不断变化、不断修正的。有些学者在某方面的研究比较突出,比如物权法方面梁慧星、王利明等,或者其主编的教材被公认为有较大的学术价值,比如中国政法大学张俊浩主编的《民法学原理》,那么在所报考学校的教材之外,阅读这些著作也是很有必要的。因为研究生入学考试试题从本质上来说是选拔性的,选拔出具有一定的学习能力和研究能力的人进行学术上的培养,因此它其实不可能仅仅局限于某一两本教材,总是会有一些联系时事、考核学生运用基础理论进行分析的能力的题目,这些题目不在传统的研究范围之内,所以不一定能在教材中找到,而这些前卫学者的研究和立场往往会有涉及或者会带来一些启发。

收集、分析所报考学校的历年考题也是很重要的,一是这些试题能够体现出一些共同的特点,可以引导考生把握正确的复习方向,二是这些试题会加深考生在阅读教材中遇到的某些知识点的印象,有助于增强注意力,并引发记忆和思考的兴趣。

从应对时事题的角度出发,考生还应关注法律热点问题,此类热点大多会在媒体上有所反映,比如网络上的民法典论坛、电视节目中播放的引起较大社会反响的法律现象等等。考生应该了解此类事件、现象所反映的法律焦点问题及有关学者的观点。还有一些重大的社会时事也会对法律有重大的影响,比如加入WTO等等。还有一个学者云集、各抒己见的空间,就是期刊杂志。翻阅知名的法律期刊,如《法学研究》、《中外法学》、《比较法论坛》以及高校的学报,可知这里总会迅速地对热点问题产生回应,并会有一些学界探讨和争论。对此加以了解也是非常必要的,有一个捷径是查阅中国人民大学书报资料中心编纂的“人大复印资料”,它的收集面还是比较广的,而且也能查到大部分论文的全文,所以对于尽快了解期刊杂志上的信息是很有帮助的。

从一般的复习方法来说,笔者认为在学习中不断巩固、在大脑中建立知识点之间的联系是非常重要的。比如,可以将时间按照三个复习阶段来分配,第一阶段,较为简略地通读教材,了解其结构体系和知识范围,第二阶段,详细地阅读每一章节的具体内容,尤其注意教材中的特别之处,这些地方往往表现了学者的独到思考,因而也易于成为出题点,第三阶段,要试着列出一个整体的结构图,将知识点填充进去,然后可以一点一点地对照和回忆,看看自己是否真的记住了并且理解了。各个阶段都要

用心去做，这样就能把复习工作做的比较扎实、可靠。

功夫是在考场外练就的，却是在考场上接受检验的。考场外没有外在的持续的压力，因此须自己加压，考场上的压力于无影无形之中却显得格外厚重，因此须自己减压。如果在复习阶段，你已经尽己所能地把握住了时间，努力地学习过、思考过，那么临考时你完全可以没有任何顾虑地让自己放松一下、心态平和一些。如果感受到过大的压力，一定要有意识地提醒自己，过多的压力只会影响发挥，除此之外毫无意义，所以要学会主动地释放压力。

考场上应注意，首先应按照要求写上姓名、考号等等，切勿在这些小问题上马失前蹄。然后通览整个卷面，对试卷的难易程度有个心理准备，然后开始做题。应注意仔细审题、弄清题意、有了答题思路后再下笔，这样有助于保持卷面整洁，尽可能减少卷面凌乱带来的不必要损失和遗憾。

从答题要求来说，要注意根据题型和分值来分配答题时间并掌握答题详略。如果是名词解释，当然就比较简要一些，但要注意题目有无辨析或理解的要求；简答题，通常要注意首先对概念加以简要的界定再针对题目要求进行回答，有时间的情况下可根据分值的多少稍稍展开一些；论述题则要详尽地展开，特别是有的题简单地要求“论……”，这种题自由发挥的余地比较大，但也应首先根据教材阐明概念、特征、法律意义等，再谈自己的认识甚或一些独特的想法，当然，不能贸然什么都谈，总要能够自圆其说才行；有的学校会考法条评析，往往针对实体法中的某一规定要考生谈谈立法理由或者立法不足，考生平时可留意一下学者的有关论述，以免过于偏重理论学习而忽略了对现行法的了解。答题中要注意自觉运用法言法语和基础理论，注重逻辑性和体系化，适当表现出一些专业素养。遇到从没有见过的题目可能会不自觉地紧张，这时可以

稍微放一放，继续往下做，而潜意识之中会自动寻找与此相关的信息，也许就能豁然开朗，也许还是不甚明确，那也应当根据一些合理的推测和发挥作出回答，而不要觉得情绪受影响干脆不作。在考场上要相信理性，不能让情绪主导自己。但是如果遇到选择题，怎么也拿不定主意，那么一般来说建议相信自己的直觉。

### 三、专业复试技巧

这里所谈的专业复试，主要是指专业口试，因为复试中即使有笔试也可以依照初试的方法进行复习和准备。对于复试的重要性应有充分的认识，现在很多学校都实行差额复试，因此通过初试并不意味着万事大吉，得知有复试机会后，既不可大意马虎，也不可消极应付，还是应当全面、系统地整理一下自己的专业知识结构，认真地就复试进行准备。

首先要对报考学校的复试规则有所了解。各个学校复试的具体规则可能会有所不同。通常，有些学校会采取抽题、准备、答题的方式，在这个过程中，考生极易慌乱，此时应注意保持冷静，不要过多地和他人攀谈，以致冲淡了考试气氛也分散了自己的注意力。拿到题目后，首先理出一个答题的思路，到规定时间后冷静作答，把它看作是向考官学习和交流的机会。

还须注意一点的是，应这样去理解口试的性质：口试不仅是考核专业方面的基础知识和表达能力，而且也是表现一个人综合素质的场合，考官通过口试会对考生形成初步的印象，而这有可能影响录取与否。所以，在回答问题的过程中，应注意保持良好的礼仪和谦虚的态度，切勿因小失大。但是也不可太紧张，只要有良好的知识储备和良好的应考心态，艰难的过程之后，总会有圆满的结果。

## 第二部分 专业热点聚焦

### 一、学科性质及体系结构

民商法学是法学体系中很重要的部门法学,它的适用非常广泛,它的历史非常悠久,它的理论非常深厚。它不仅与普通民众的日常生活息息相关,也与经济活动的运转紧密相连,而其最深邃之处在于它从最广泛民众的最普遍生产生活实践中抽象出人类社会生活规则,并深刻追寻其精神理念。正因为如此,民商法学不仅具有很平实的实践性,同时还闪耀着人类理念的光芒。

民商法包括民法和商法两大块,一般对民法的概括是调整社会平等主体之间人身关系和财产关系的法律规范体系,而商法是调整商事关系的法律规范的总和。商法是从民法中产生并逐渐发展起来的,它是民法的特别法。民法的渊源可追溯至罗马法时期,欧洲国家继承了罗马法传统,形成以法国和德国为代表的大陆法系,英美国家则在日耳曼法的基础上吸收罗马法中的某些因素形成了自己的法律传统,称为英美法系。我国的民法主要是清末以后继受大陆法系国家的传统、其间又几经曲折而逐步形成的。

民法的性质可从以下几个方面来说明:第一,民法是实体部门法。在法律体系中,在宪法之下,民法与行政法和刑法居于同一层面,它调整生活层面上的实体权利义务关系,为实现这种法律关系需要借助于程序法时,应按照民事诉讼法或其他法律的规定行使权利。第二,民法是权利法。民法的重要内容就是规定和保障民事主体的合法民事权利。民法的一切制度都是以民事权利为轴心建立起来的,它规定了权利的主体、行使权利的方式、民事权利的种类、权利保护的方式、权利保护的时间限制等内容,从而形成一个以权利为中心的法律体系。与此相适应,民法的法律规范多为授权性规范和调整性规范,规定被授权者的各种权利,调整不同权利主体之间的相互关系。第三,民法为私法。从古罗马时期,法学界就存在公法与私法的划分,公法以权力为核心,构建与政治国家、公共秩序以及国家

利益有关的法律规范,而私法则以权利为中心,构建平等主体的私人之间形成的法律规范体系。私法的性质决定了民法上的主体之间是平等、独立的关系,不存在法律人格上的依附,亦不存在命令与服从。第四,民法为市民法。民法根源于市民社会,所谓市民社会是指生产和交换存在于其中的组织和制度的总和,指家庭、社区、作坊、工场、公司以及其他直接从生产和交换中发展起来的社会组织的总和。罗马市民法是古代市民社会的直接表现,近代市民法是近代市民社会的法。市民社会的经济本质是商品生产与交换,民法表现了商品生产与交换的一般条件,其所调整的行为的主体,是合理地追求自己利益最大化的人,这是市民社会现实存在的人在法律上的表现。

民商法学的主要研究内容包括:民法调整的对象及与其他法律部门的关系,社会主义市场经济的发展与民法规则的完善,民法基本原则及适用;各种民事主体的法律地位及合法权益的保护;人身权的保护;多种所有制的发展与物权制度的完善;债的担保制度及适用,民事主体在市场交易活动中的各种债权债务关系;知识产权制度及适用;侵权行为的基本规则及适用;商法原理和公司、证券、票据、破产、海商、保险的基本理论和实践;基于婚姻和血缘而发生的夫妻、父母子女等家庭成员间的关系和公民死后遗产所有权转移的法律形式等。

### 二、专题学术观点综述<sup>①</sup>

#### (一) 民商法理论争点

##### 1. 关于民法典编纂

无疑,中国民法典的编纂仍然是今年以来备受民商法学界瞩目的盛事,而且很可能需要更为持久的积累和努力才能得以成就。从宏观上来说,民法典的制定必须考虑和处理六个方面的关系:第一,

<sup>①</sup> 本综述系在王利明、姚辉、熊谓龙所著《2003年民商法学研究的回顾与展望》,王利明、马特、冯恺所著《2002年民商法学研究的回顾与展望》和刘春田、金海军、范晓波所著《2002年知识产权法学研究的回顾与展望》的基础上扩展、充实而写就,分别载于2004年第1期和2003年第1期《法学家》。

基本法和单行法的关系,即制定民法典之后是否仍然保留民事单行法,现行的民事单行法哪些需要并入法典,哪些还要继续独立存在?针对这一问题,有学者提出,应当将现行单行法中的合同法、担保法、继承法、不动产物权法和家庭婚姻法纳入民法典,其他一些单行法则保留其独立性。第二,大陆法和英美法的关系,即在采用大陆法系民法典的立法体例的同时,怎样吸收英美法的先进制度和规则?在担保和代理等制度中都面临这一现实问题。第三,私法和公法的关系,即在立法中如何具体把握私法规范与公法规范的分离与结合?第四,民法和商法的关系,即民法和商法在保持基本区分的前提下怎样在法典中融合?第五,主体法和行为法的关系,即同样的法律关系是以“法定”色彩更浓一些的主体法来进行规范还是以“意定”色彩更浓一些的行为法来加以规范?第六,强制性规范和任意性规范的关系,即在哪些领域实行法定主义,在哪些领域不实行法定主义?可以明确的是,在物权法领域内应该实行物权法定主义,在主体法中也应当明确企业法定主义原则,而在合同法领域和人身权领域则不实行法定主义。<sup>①</sup>

有学者就法典编纂与法律传统、法律移植、私法功能的关系展开学理反思。提出:美国模仿法国法的失败事实说明单凭理性无法将法典大厦构建起来,在影响一国法律制度的各种“传统资源”因素中,表现为“国家法”的法律表现形式本身也许不太重要,重要的是该国民众在实际生活中形成了哪些被普遍视为正当的交往习惯与规则。在族际交往日趋频繁的今天,尊重不同群体之间的共性显得比以往任何时候都重要。尤其在私法传统资源极为匮乏而又需要建立私法制度的我国,法律的移植与借鉴显得更加引人注目。在以法典为标志的大陆法与以判例法为特点的普通法之间,我们更能接受的也许还是法典法,因为在百年之前开始的移植西方法律过程中,我们不但接受了大陆法国家的法典形式,还移植了隐于法典之后的各项制度支撑,包括法律教育制度、法官制度、立法模式等。法典抑或判例都只是法律的表现形式,法典法是否由建构理性所控,问题不在于法典这一规则的载体本身,而在于法典编纂者的态度。私法规范的功能主要表现在,当私人之间的意思表示不明确、欠缺或违反强行性法律规定时,为裁判者提供一种裁判的准据,因此

民法典编纂的规范意义主要在于为裁判者立法。由此,在承认知识分工的前提下,法律的专业化亦是无可厚非。但是,学术积累对于编纂法典是非常重要的,在尚未拥有充分的学术积累的情况下就编纂法典是不尽如意的。<sup>②</sup>

还有学者从历史的维度描述了中国民法的制度变迁和理念形成,指出民法典的形式理性对于民法的制度移植和理念传播具有重要意义,论证了当前中国民法典编纂的可行性和重要性。该学者认为:从社会经济基础等条件是否成熟来论述在中国市场经济或市民社会成熟之前不能制定民法典,这其实忽视了民法典的形式合理性对市民法理念培植的积极推进意义。中国传统法律也在一定程度上具备形式合理性,不过这种形式一直在传导着本质上有别于西方法律传统的中国法观念。清末法律变革中,外国法典的移植从整体上改变了中华法系的结构,从而将中国纳入到大陆法体系之中,而且它一旦形成就实现了“功能自治”,具有了某种强制力,进而改变着人们的行为习惯,确定了此后制度安排的方向。作为清末修律工作的延续,中国民事立法在北洋政府和国民党政府时期得到了进一步的发展,其依循的仍然是大陆法系法典编纂的模式,在其潜移默化影响下,传统的法观念除在家庭制度中仍然具有统治地位外,在民法的其他领域已有日益退却的迹象,促使市民法的理念随时日的推进而逐渐渗入中国社会的各个层面。中华人民共和国成立后,市民法理念一度遭到扼杀,但市场经济的改革取向将促使政治关系和经济关系的界限明确起来,政治权力逐渐收缩,社会和个人的权力迅速发展壮大,中国的市民社会将最终形成,确定民法的基础法地位,是正在形成的市民社会以及法与伦理分化的内在要求。一个全面的现代化的民法典对正在进行经济体制改革社会主义国家而言,似乎是用以改善经济秩序并为民商事立法的进一步发展提供技术性保证的最好工具。在这方面,一部民法典是对体现在新宪法及国际条约中的“政治承诺”的必要补充。<sup>③</sup>

也有学者提出民法典的制订面临着独特的现代性的问题,必须顾及实质的合理性和法治的本土资源。该学者指出,法的现代性因素,可较为全面地概括为:公开性、自治性、普遍性、道德性、确定性、可诉性、合理性和权威性。法律的现代性品格

① 江平:《中国民法典制订的宏观思考》,载于《法学》2002年第2期。

② 朱庆育:《法典法、判例法与中国私法的走向》,载于《中外法学》2002年第4期。

③ 徐涤宇:《民法典的形式理性和中国市民法理念的培植》,载于《法商研究》2002年第3期。

表明,法治现代化的核心是对形式合理性的追求和张扬。法治现代化的过程就是形式合理性变成自在自为的主体的过程。但是法律从来没有放弃对诸如正义、平等、自由、安全、利益等价值的忠诚,从来都把对价值基本原则的阐释、维护和实现作为自己的宗旨。现代法律张扬形式合理性,仅仅是转换了人类追求美好价值的方式,试图通过凝固的智慧、而不再依赖不可靠的人,使这些价值得到普遍的实现。但二十世纪后急速变化的基础使得现代法治对形式合理性的张扬与其追求的价值出现了断裂。形式合理性与实质合理性相悖离是现代法治面临的最严峻挑战,也是中国民法现代性问题的根源,它滋生出的消解法治的力量,构成了制定民法典以及建构民法制度必须认真面对的难题。中国民法独特的现代性问题突出地表现为以下两方面:(一)现代化的民法制度与人民生活的隔膜;(二)现代化的民法话语与人民生活的隔膜。要最大限度地缓解中国民法面临的独特的现代性问题,实现民法规范人事而服务人世的功用与价值,必须调整价值取向,关注市民生活,关注民族精神,关注本土的人,在本土资源上发掘私法文化。<sup>①</sup>

有学者指出,将私法生活进行法典化是自然法和自然理性运动的产物,它在古典法学中取得了很大的成就,但由于自然法法典编纂运动本身存在其内在的缺陷,同时也受到学术传统、政治、经济和文化等因素的制约,因此古典法学在进行法典化的同时,也广泛地运用了其他法律手段(如衡平、拟制和学术法等);而近代法将法典化推向极致的作法,在现代社会中却出现了危机。当前我国民法典的编制出现了“三条思路”、“两种主义”的争论,实际上这些争论至多只是民法典外部结构的安排问题,而这种安排也更多的是关注民法在形式上的逻辑性和视觉上是否具有美感。真正制约和限制我国民法法典化进程的恰恰不是这些,而是:我们是否为一种开放的民事权利及其保护方式提供了足够发展空间、社会氛围和背景?要回答制定民法典的时机是否已经成熟,应该考虑两个问题,第一,中国的社会现状是如何制约或决定了民法典的制定,第二,历史赋予了我国民法典什么样的使命,有无可

能完成这一历史使命。<sup>②</sup>

关于民法典体系,学者们各抒己见,各有主张。有的指出,我国民法典体系要采纳德国潘德克顿模式,应以法律关系的要素来构建总则,以法律关系的内容即民事权利来展开分则。分则应为人格权、亲属法、继承法、物权、债权总则、合同法的一般规定;在分则关于民事权利的各编之后,应规定一个对各类民事权利加以保护的侵权责任编。<sup>③</sup>有的认为我国应制定一部具有严格逻辑性和体系性的民法典,主张草案应保留“债权”概念,设立“债权总则编”以统率“合同编”和“侵权编”,反对人格权单独成编,主张应将人格权置于总则中的自然人一章。<sup>④</sup>有学者主张扬弃传统物权法,扩张债法:凡是由合同产生的用益物权悉由债法调整,典权归入债法,担保物权作为债的担保置于债编。同时成员权纳入民法典。<sup>⑤</sup>还有学者通过民法的调整对象、体系安排标准、社会变迁三个角度论证,主张总则及第一编中,第一编不叫民法总则,而叫民法通则,由通则、物权、合同、亲属、继承、知识产权、侵权行为等七编构成,其理由为:第一,侵权行为独立为法典的最后一编,是由法律关系的要素决定的。侵权责任涉及所有的民事权利,放在民法典之后,最符合逻辑性,也是法律关系最后一个要素的性质决定的。我国民法通则将民事责任作为独立一章加以规定,是民法理论发展的结果,是民事立法的重大进步。第二,德国民法典设民法总则,意在规定分则共同涉及的问题,但实际上总则并非全是总的问题。对我国民法通则进行修改作为第一编,是对德国民法典设立总则的继承和发展,也是中国立法过程的最自然发展,更符合中国民事立法之背景。第三,民法典应包括知识产权,是因为知识产权为当代民法的重要内容,而我国知识产权法在现实历史背景下应尽量与国际惯例保持一致,在我国将要加入世界贸易组织之际,趁制定民法典的时机将知识产权法加以修订作为民法典的一编为不可多得之良机。第四,人格权不宜作为法典的一编,国际私法也不宜包括在民法典中。人格权脱离通则及侵权行为法独立,不利于对其保护,国际私法具有相对

① 李建华、蔡立东、董彪:《论中国民法的现代性问题——民法典立法基调前瞻》,载于《法制与社会发展》2002年第1期。

② 易继明:《民法法典化及其限制》,载于《中外法学》2002年第4期。

③ 王利明:《关于我国民法典体系构建的几个问题》,载于《法学》2003年第1期;王利明:《试论我国民法典体系》,载于《政法论坛》2003年第1期。

④ 梁慧星:《中国民法典编纂的几个问题》,载于《山西大学学报(哲学社会科学版)》2003年第5期。

⑤ 军华:《民法典制定之焦点》,载于《法学》2002年第4期。

的独立性,可制定专门法律予以调整。<sup>①</sup>

但更有学者关注于民法典体系的现代转向,阐述了德国19世纪的主流学说对民法持外在体系的观点,提出以抽象概念为基础的演绎体系主张;但20世纪以来的现代法学因为实践理性的启发,更强调民法的内在体系和实践空间;英美法系则通过特有的判例法的实践历史,通过强化司法论证功能,实现了法律的开放体系。从而提出,中国未来民法典的体系没有必要陷入绝对概念化之中,而应在追求民法体系结构的形式逻辑化同时,也为内在的法律目的体系以及为实践理性广开门路,即在制订民法典时,要同时考虑法规定和法伦理的关系,在以概念体系搭建民法典编章结构同时,也建立一个有机的目的体系,并预留实践理性空间。总的来说,要达到形式体系和价值体系互补,规范假定与实践灵活相谐。<sup>②</sup>

## 2. 关于人格权应否独立成编

对这一问题,学界观点分为两派且争论激烈,一为支持人格权独立成编,一为反对人格权独立成编。有学者认为,人格权制度独立成编是丰富与完善民法典体现的需要,符合民法典体系结构的内在逻辑,而且是我国民事立法宝贵经验的总结;也是人格权自身发展的需要。人格权制度不能为主体制度所涵盖,也不能为侵权行为法所替代。<sup>③</sup>且有学者提出进一步的论证,认为如果将人格权仍然规定在总则的主体制度部分,则该部分的内容将会极度膨胀,从而损害整个总则的体系和结构。故有必要设专编规定人格权。<sup>④</sup>而反对单独设立人格权编的学者举出了如下理由:民法典的进步性应体现在价值取向上,而编纂体例属于形式的科学性问题,两者不可混为一谈,只要法律制度充分体现对人的尊重、对人格尊严和人权的保护,即具有了进步性,在法典体例上怎样安排对此并无影响;以前各国民事立法并无先例,又在法理上说不通,缺乏起码的合理性和说服力,因此绝不是真正的“创新”;民法通则列举人格权仅是权宜之计,民法通则的经验在于规定了人格权,而不在于将人格权单独规定。该学者强调,其他民事权利均存在于人与人之间的关系上,属于一种民事权利义务关系,而人格权则不同,它

与主体不可分离,是主体对于自身的权利,而非对自身以外人与物的权利,因此不存在所谓“人格权关系”,仅在侵害时发生损害赔偿的债权关系。正是基于对人格权本质的认识,各国民法典均将人格权规定在主体部分的自然人一章,与自然人的权利能力、行为能力、出生、死亡、失踪等规定在一起,这是有法理根据的。<sup>⑤</sup>

由人格权是否独立成编的问题又引出法人是否具有人格权的争论。有学者认为人格权在现代社会的发展及一般人格权的创制,导致私权化的人格权向宪法权利的回归。团体人格是对自然人人格在民事主体资格意义上的模仿,法人不享有人格权。<sup>⑥</sup>另有学者对此提出了商榷意见,认为在公、私法二元对立的情景下,宪法上的公民法律地位与民法上权利能力的制度设计并不存在实质性的紧张关系。法人与自然人不可能享有相同和均等的人格权。但以此完全否定法人人格权,亦不可取。<sup>⑦</sup>

有学者在研究了人身关系在我国民法史上的存在形态及比较了前苏联、西方国家和中国的人身关系学说的基础上,认为我国绝大部分民法学者对人身关系的理解不同于西方主要国家学界对此种关系的理解,前者把人身关系理解为关于主体的法律能力的规定、人格权关系和亲属关系,后者则理解为人格权关系、亲属关系和知识产权中的身份关系,前者的外延远远大于后者。我国在对人身关系的理解上遗漏了主体资格问题,导致人身关系的重要性降低并进而导致其在立法相关条文中位置的后置。该学者重新提出对人身关系的理解,认为:人身可分解为“人”和“身”两个要素。所谓的“人”,包括人格关系和人格权关系,前者是关于赋予主体法律能力(包括权利能力和行为能力)的规定,后者是关于与有权利能力之人不可分离的法益的规定。所谓的“身”包括四类身份关系:传统的亲属关系;从苏联开始引入民法典的知识产权中的身份关系;以消费者身份为代表的亲属法外的身份关系;失权者的身份关系。由此产生了人格与人格权、身份权和财产权三者的关系问题,人格是后三者的基础,是前提,后三者是基础。调整人格、人格权和身份权的法是关于主体的存在的规则,它是主体进行其

① 刘士国:《论中国民法典的体系》,载于《法制与社会发展》2002年第3期。

② 龙卫球:《民法典体系问题探讨》,摘自中国民商法律网。

③ 王利明:《人格权制度在中国民法典中的地位》,载于《法学研究》2003年第2期。

④ 陈华彬:《中国制定民法典的若干问题》,载于《法律科学》2003年第5期。

⑤ 梁慧星:《民法典不应单独设立人格权编》,载于《法制日报》2002年8月4日。

⑥ 尹田:《论人格权的本质——兼评我国民法草案关于人格权的规定》,载于《法学研究》2003年第4期。

⑦ 马特:《民法典人格权编争议问题探讨——兼与尹田先生商榷》,载于《人民法院报》2003年。

他活动的前提,当然应先于财产关系法得到规定或宣示。<sup>①</sup>

另有学者考察了法律人格的变迁和与之相应的人格权发展,指出伴随着从平等到形式平等再到趋近实质平等的法律人格状态的变化,法律人格经历了从来源于哲学上具有伦理性的实体到确立以伦理性为本源再到超越伦理性又试图以否定之否定回归伦理性的历程。人格权也相应从萌芽到初步承认再到正式确立。此外,阻碍人格权落后于财产权发展的其他重要因素基本被认识到并逐步被消除。各种人权运动从行动中将对人的关注扩展到各类现实权利上,不仅提出了人的政治权利、经济权利,也发展到人的法律权利,包括民法上的权利。加速人格权的发展,将人格权提升到与物权、债权同等的地位,是今后民法义不容辞的责任。人格权在今后的发展中主要表现在以下几个方面:人格权在内涵上将由具体人格权转向具体人格权和一般人格权并行;人格权主体从部分人扩大到全体人,从自然人扩大到包括法人在内的一般“人”;人格权内容即具体人格权的种类由最初的身体健康权、名誉权,到现在,普遍接受的有生命权、身体权、健康权、姓名权(名称权)、肖像权、名誉权(信用权)、隐私权以及其他已被人们意识到但还未受到充分重视或各国在法律实践中未普遍承认的具体人格权,如知情权、贞操权、声音权、安宁权;人格权救济方式上的扩张,人格权救济分为公力救济和私力救济,其中民法上有停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉和损害赔偿等责任形式。同时,人格权的发展还表现在关注和支持人格权的经济利益和对财产损害的精神赔偿。总之,笔者认为:人格权独立成编是理想与现实权衡中所作的较佳选择,它将影响到中国民法典在新世纪树立何种形象,起到何种历史作用。人格权独立,将使整个民法的重心从“财产”转向“财产和人身并重”,进而实践法律人格平等的内涵,促进民法的全面平等。<sup>②</sup>

有学者考察了大陆法系对人格权的规定,认为民事主体制度和侵权法不能承担人格权的重任,就人格权的体例和内容发表了自己的看法,该学者认为:在体例方面,人格权与民事主体制度不宜规定于一处,亦不能由侵权法概括完全,而应单独成编。因为人格权与民事主体制度表征不同的范畴体系,将人格权纳入民事主体制度之中,不利于人格权的

保护,而且会混淆人格与人格权概念,造成事实上人格与法律上人格模糊的状况,会导致法典划分标准的偏差与内部的不和谐,很难制定出一部能体现时代特色的民法典。而侵权法难以发挥确认权利的功能,而且也并非保护人格权的唯一手段。在内容设计上提出,人格权编首条用描述性语言规定人格权的涵义,此涵义应明确人格权之于人的价值、人格权的性质等,然后规定人格权的享有主体,明确规定自然人(包括合伙等)、法人享有与其本质相适应的人格权,还要就一般人格权、具体人格权分别作出规定,此外还应规定胎儿与死者人格利益的保护问题,最后规定人格权的保护方法。<sup>③</sup>

### 3. 关于财产法抑或物权法

继关于制定物权法还是财产法问题的争论以来,许多学者对此进一步发表见解,其中肯定物权法的观点占据主流。有学者指出,我国当前的民事立法应当采纳物权的概念,应当制定一部系统、完整的物权法而不是财产法,其在内容上与十九、二十世纪的物权都应当有较大的区别,更不能将其与罗马法、中世纪的财产法相提并论。同时文章对采纳物权的概念是否会导致“见物不见人”的状况产生、采纳物权概念的必要性、能否借鉴英美法的经验、物权法是否有必要规范无形财产等问题进行了探讨。认为:物权是指公民、法人依法享有的直接支配特定物并对抗第三人的财产权利。物权具有双重特性:支配性和对世性,支配权是对世权的基础和前提,正是因为物权人享有支配权,才有可能享有对世权,但有支配并不一定能够对世。对世的特点也就表现了物权决不仅仅是一种单纯的对物的权利,而是一种人与人之间的关系。认为物权立法采纳了物权的概念就将使物权关系变为人对物的关系是不妥当的。使用物权和物权法的概念的优点主要表现在以下几点:第一,有利于对所有权与其他物权做出准确的概括。第二,物权一词的采用准确地区分了对有体物的支配和对无形财产的权利,而使用财产权一词则不可能对此作出准确的区分。第三,物权的概念使物权和其他财产权能够得以区分开。采纳物权概念的最大优点在于,从法律上使物权和债权这两种基本的财产权形态得以严格区分。总之,在民法上如果没有物权的概念,将无法理清各种财产关系,整个民法的内在体系也难以得到真正的建构。如果

① 徐国栋:《再论人身关系——兼评民法典总则编条文建议稿第3条》,载于《中国法学》2002年第4期。

② 马骏驹、刘卉:《论法律人格内涵的变迁和人格权的发展》,载于《法学评论》2002年第1期。

③ 曹险峰、田园:《人格权法与中国民法典的制定》,载于《法制与社会发展》2002年第3期。