

中南财经大学

2000 年招收硕士研究生入学考试试题

A 卷

专业：民商法学

考试科目：民法学

方向：本专业各研究方向

注：所有试题答案均须写清试题序号做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效

一、简答题（每小题 6 分，共 36 分）

- (一) 简析权利不得滥用原则（6 分）
- (二) 简要说明附条件的法律行为（6 分）
- (三) 简述民法保护公民人身权的承担责任方式（6 分）
- (四) 简答物权的优先权效力（6 分）
- (五) 财产按份共有人享有哪些权利？（6 分）
- (六) 简要说明合同生效的一般要件（6 分）

二、辨析题（解释下列各组概念，并说明它们的区别）（每小题 5 分，共 20 分）

- (一) 权利能力与权利（5 分）
- (二) 相邻权与地役权（5 分）
- (三) 债权关系与所有权关系（5 分）
- (四) 无过错责任原则与公平责任原则（5 分）

三、论述题（共 26 分）

- (一) 试评述在高度集权的计划管理体制下，以国家所有权为核心的绝对所有权理论和制度的主要弊病（14 分）
- (二) 论债权的保证关系的效力（12 分）

四、案例评析（每题 9 分，共 18 分）

- (一) 1995 年 5 月，被告李新生（当时 14 岁）因急事向原告梁学江借钱，梁因与被告的哥哥关系好，遂将现金 100 元和从银行取款 1374 元共 1474 元借给被告，并商定 4—9 个月内还清（实际上李向梁借款后又转手借给了陈勇）。因到期未还，原告多次向被告索要未果，遂起诉到阿勒泰市人民法院，请求依法返还此款。

请评析：

- 1、被告李新生与原告梁学江借贷的民事行为是否有效？须说明理由（6 分）。
- 2、原被告在实施借贷行为时是否都有过错？此借贷行为所产生的法

2001年招收硕士研究生入学考试试题(A)卷
中南大学

卷A 政法类法学人主卷卷士西刑刑手000S

律后果应如何处理?试说明处理的法理(3分)。

(二) 李某与王某系夫妻关系,于1993年购买桑塔纳轿车一辆,共同经营出租营运业务。1994年3月6日,因家庭矛盾,双方发生纠纷,进行争吵。王某一气之下,将桑塔纳轿车开走,离家独居。4月1日,王某与刘某联系,商量将桑塔纳轿车卖给刘某。双方商定价格为12元,当天交付了轿车和全部购车款,一起去当地车辆管理部门办理轿车所有权转移手续。当工作人员询问王某的丈夫对卖车的意见时,王某谎称其丈夫长期在外工作,不管家事,遂办理了汽车买卖手续,将车籍转到刘某名下。10日后,此事被李某发现,找刘某要车,被刘某拒绝。李某以王某为被告,刘某为第三人,向人民法院起诉,要求刘某返还财产。

请评析:

- 1、如果你是法官,能否支持李某向刘某提出的返还财产的请求?须说明处理的法理(5分)。
- 2、李某是否应当承担该汽车买卖关系的后果?试说明理由(3分)。

www.docin.com

中南财经政法大学

2001 年招收硕士研究生入学考试试题 A 卷

专业：民商法学

考试科目：民法

一、论述题（共 85 分）

1. 试论所有权与知识产权的本质区别。
2. 试论法人的法律人格。（15 分）
3. 试述我国婚姻法修正案的主要新规定及其立法意义。（15 分）
4. 试述民法之本位。（20 分）
5. 论物权的动态化（从归属到利用）的立法思想。（20 分）

二、案例分析（15 分）

2000 年的 8 月原告薛明向法院起诉，称被告李忠 1990 年 8 月向原告借款 8000 元人民币并提供有李忠字迹的借条（借条中没有还款期限），1997 年至 1999 年间被告归还了其中的 800 元，尚欠 7200 元未还，要求被告偿还此款，并支付滞纳金及利息。被告李忠辩称：被告不欠原告的钱，原告提供的是假借条，况且原告提供的借条是 1990 年的日期，已过诉讼时效，要求法院驳回其起诉。在法院审理时，因被告不愿交鉴定费而未对借条予以鉴定。

- 问：1. 此案涉及诉讼时效的哪些基本原理？
2. 作为审判法官，如何认定借条的真伪？如何处理此案，其法律和法理依据是什么？

一、论述题

1. 试论所有权与知识产权的本质区别。

答：知识产权是民事主体对其创造性的智力劳动成果依法所享有的专有权利。知识产权作为民事权利的一种，与所有权的本质区别就在于客体不同，所有权的客体为有形的物，而知识产权的客体则为无体物。由此又可引伸出两者的其他不同之处。

第一，知识产权是一种无体财产权。依传统民法理论，财产可分为有体财产与无体财产两大类，前者是指占有一定空间，具有一定形状和体积，人们用五官可感知的某种物质实体，而后者则为人类脑力劳动创造的非物质财富，没有形体，不占有空间。作为所有权客体的物即属前者，而作为知识产权客体的智力成果则属于后者，它本身即没有形体，不占有空间，但它可通过一定的客观形式表现出来，而且具有广泛的传播性，可以为人们所了解和掌握。第二，知识产权的内容具有财产权和人身权的双重属性。在知识产权领域内，除商标权不直接涉及人身权利内容外，其他各类权利均包括财产权和人身权的双重内容。而所有权则仅为财产权。第三，知识产权须经法律直接确认。哪种“知识”可以作为知识产权的客体，须由法律具体规定，有的知识产权的取得还须履行特定的法律手续，经国家主管机关依法审批。所有权则由于物的公示而自然存在。第四，知识产权具有专有性。创造智力成果较为困难，但使用、复制和传播它却比较容易，因此法律规定知识产权为权利人所专有，即除权利人同意或法律强制规定外，权利人以外第三人不得享有或使用该项权利，否则即视为对权利人之侵犯。因此，知识产权是拟制的“专有”，而所有权是天生的“专有”，一物之上只能存在一个所有权。第五，知识产权具有地域性。知识产权为法律之产物，而立法权属国家主权，故任何一个国家的法律所确认和保护的知识产，除该国与他国签订双边条约或该国参加国际公约外，只在该国领域内发生法律效力。所有权虽然也需要各国法律的承认才能得到保护，但是它一般不需要履行其他手续。第六，知识产权具有时间性。各国法律对知识产权的保护都有严格的时间限制。有效期届满，除依法续展者外，权利人的权利即自行终止，丧失效力。

的知识产权，其智力成果便进入公有领域。所有权的存在则没有时间限制，只要客体在，该权利就可永存。

[参考资料] 彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版。

2. 试论法人的法律人格。

答：从法律主体的角度来说，法人具有两大本质特征：一是它的团体性，二是它的独立人格性。前者说明它首先是一个团体，一个组织，一个人的集合体，而不是一个人，这是它有别于自然人的特征。后者说明它具有独立的民事权利能力和民事行为能力、能够独立享受民事权利并承担民事义务，因而它具有独立的民事主体资格，这是它行别于非法人团体的特征。在法人的这两个要素中，团体要素是第二位的，而人格要素是第一位的，是在团体演变而成为法人的漫长历史过程中起决定作用的法律因素。

法人之所以能够成为法律上的“人”，一是因为实践中需要把某些团体视为有独立意志的主体，如国库、神庙、家族财产、军队等，是因为从罗马法始，法律上的人与生物意义上的人就不是完全重合的，比如奴隶不具有自由人格，因此把团体视为法律上的人就能找到其理论上的根据。在古罗马社会中，具有团体性质的社会组织形式事实上已经存在，罗马法学者们在理论上已经指出团体人格与个人人格的不同。但罗马法始终未能形成明确的法人概念及近现代意义上的法人制度。欧洲中世纪时代，团体本位思想占垄断地位，再加上11世纪地中海沿岸商业贸易的发展形成了相当一批商业组织，许多社会团体组织纷纷取得法律人格。近代自由资本主义初期，社会组织、团体被认为是封建势力压抑人的个性的工具，取得政权的资产阶级从个人本位出发，认为法人拘束个人自由，妨碍法律社会的进步，因此法律上只承认国家与个人为法律主体，有必要时才例外地特许法人存在，在著名的《法国民法典》中甚至没有规定法人制度，及至19世纪以后，在思想基础上个人本位向社会本位转变，社会经济及其他组织在实际生活中所起的作用愈益显著，而且这种作用又不能以任何个人来代替，于是近现代意义的法人之毒发站起来，法人的设立成为社会生活中的必需。现代法学上对法人的本质有多种理论，包括“法人拟制说”、“法人否定说”、“法人实在说”等等无非是解释怎样理解法人具有法律人格这一理论，对这一理论本身却没有任何争议，因为法人已成为现代社会里民事、经济活动中普遍存在、不容忽视的主体。

法人既然是团体人格，就必须具有团体的形态和特征。所谓团体，是指集合体，任何一个团体必须包含两个要素：人和财产。首先，团体要由财产构成。没有财产的团体不可能参与民事流转，也不可能享受财产权利并承担财产义务，因而不具备成为独立权利主体的资格。其次，团体的财产离不开自然人的出资、捐助、管理和经营。没有其成员或法定代表人的团体也不可能具备成为独立权利主体的资格。从这个意义上可以说，团体乃是财产和人（自然人）的有机集合体。

根据法人的成立基础，可以把法人分为社团法人和财团法人，前者以人的集合为成立基础，后者以捐助财产为成立基础。无论是哪种法人，都必须满足法人的共同要件，也就是要有章程，要有必要财产，要有机关，并且要是依法设立的。此外，社团法人还须有社员，须有意思机关，财团法人还须有捐助财产，须以公益事业为目的的事业。这些法律要件能够确保团体达到必要的组织程度，能够如同完全行为能力自然人一样，在广泛的民事活动中实现自主选择、自主参与、自负责任。

法人作为民事主体制度，有其重要的社会价值。社团法人具有集资优势、长生优势、分险优势和管理优势，因此在社会经济活动中发挥着举足轻重的作用。财团法人具有公益价值、财产确保价值、管理价值，对于社会文化的维护和发展有着重要意义。

综上，有学者用“法人者，团体人格也”一语简短地揭示了法人的本质特征，抓住法人人格的这两大特点有助于我们更好地、深刻地理解法人制度。

[参考资料] 彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版；江平

主编：《法人制度论》，中国政法大学出版社。

3. 试述我国婚姻法修正案的主要新规定及其立法意义。

答：2001 年婚姻法修正案针对改革开放以来婚姻家庭领域中出现的新情况、新问题，对 1980 年婚姻法进行了补充和修改，在婚姻法的建设和完善上取得阶段性的成就，为调整婚姻家庭关系提供了新的依据。

婚姻法修正案共分 6 章 51 条，在内容上的突破主要有：

1. 依据宪法精神，在总则中增设第 4 条“夫妻应当互相忠实、互相尊重；家庭成员间应当敬老爱幼、互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”。引导公民建设美好、文明的家庭关系。

2. 有针对性地补充了禁止性条款。一是扩大了禁止违反一夫一妻制的行为，在禁止重婚的同时，补充规定了“禁止有配偶者与他人同居”。二是增加了“禁止家庭暴力”的条款。

3. 婚姻法修正案在结婚一章中增设了无效婚姻和可撤销婚姻制度。不仅填补了立法空白，维护了婚姻法的权威性，也为执法部门处理违法婚姻提供了法律依据。

4. 完善了夫妻财产制度，包括界定夫妻共同财产的概念、明确夫妻个人财产的范围、充实约定财产制。

5. 坚持以“感情破裂”为离婚条件，但补充列举了具体情形，如家庭暴力等。

6. 设立离婚损害赔偿制度及家务劳动补偿制度，强化离婚时的经济帮助，形成了完整的离婚救济制度体系。

婚姻法的修订使得我国婚姻法律制度更加完备，也更加成熟。如第一点突破就表现出法治与德治相结合同时又注意保持婚姻法调整范围的精神，这种态度对于保障个人生活中的隐私是非常有必要的。第二点突破主要是对民众源自婚姻生活的呼声的回应，既表现出捍卫传统家庭伦理道德的姿态，又表现出加强个人在婚姻生活中的人权保障的决心。第三点和第四点、第五点突破主要是在立法技术上使得婚姻法更具操作性。第六点关于离婚损害赔偿制度的建立和完善张扬了男女平等、人格独立的现代理念，并更加贴近现实生活的需要。总之，这次婚姻法修订取得了一些阶段性的成就，但还有值得努力的地方。

[参考资料] 夏吟兰、邓丽：《离婚救济制度意义何在？》，载于 2002 年 4 月 16 日《中国妇女报》。

4. 试述民法之本位。(20 分)

答：民法以权利为本位。针对这一点，我们应有如下认识：

(一) 民法以权利为本位，是民法调整功能实践的客观规律及其法理所决定的。

现代法律调整(社会关系)功能的科学运作基点在于：确认社会成员符合客观规律要求的合理利益，使之法律权利化；同时，对应得赋予，应使合理利益不被之侵害而顺利实现的相对方以合于常规要求的法律义务，并以国家强力措施保障义务主体向权利主体履行义务，以实现权利。从而根据法治国家法律抉择的客观规律，形成具体法律关系和社会法律秩序。

法律调整的上述法理，首先源于民法的调整实践。这就是：民法对民事社会关系的调整，在于确认、平衡民事主体的民事权利；规范民事主体中的民事义务主体向民事权利主体履行民事义务，从而保障全面实现民事主体的民事权利；如果义务主体不向(或不完全向)权利主体履行义务，不使权利(全面)实现，国家权力则要以强制手段追究义务主体的民事责任来救济权利，即以国家强力保障促使民事权利(全面)实现或者使被侵害的民事权利得到恢复或赔偿。从而依照反映了客观规律要求的民法之规定，形成规范的民事法律关系和民事社会秩序。

这一民法调整的法理和实践，充分说明，民法的根基在于：确认、保障民事权利不受侵犯及其自主行使运作的现实；权利是民法维护的中心，是民法为之运作的核心，是法律维护正常民事活动和市场经济社会秩序的基点；民法实质上乃是一个博大的权利体系。如果将权

利这个民法的根基抽去，使民法变为（无权利的）义务法，则民法必然因之变质，不成其为民事主体得以意思自治原则进行民事权利义务关系运作的私法，而称为强制社会成员履行义务的强行法的公法。

因此，现代法学概括出了民法以权利为本位的观念；并以此法理观念，表示民法的根本基点。

（二）民法以权利为本位是社会经济发展无可替代的法律因素。

随着科学技术高度现代化发展，社会的经济结构，不断向符合客观规律要求的、包容了现代化高科技和现代财产运作方式内涵的结构发展。与之相适应，民法的民事权利体系日益丰富，增加了大量的现代知识财产的权利和现代财产的归属与流转的权利，形成崭新的民事权利体系。现代国家的经济得以迅速飞跃发展的历史，确凿地证实了民法以权利为本位是社会经济发展无可代替地法律因素，相反，无视民法以权利为本位的法理，以强行方式运作市民社会的观念和人治国家的模式，不仅不能使社会经济的大迅速飞跃的发展，还往往会因强行错误决策而使市民社会之经济运作停滞不前甚至倒退。因此，要加强民法以权利为本位的法律理念。

（三）民法权利本位与禁止权利滥用的制衡。

现代民法，在以权利为本位的同时，为制约权利行使中的滥用，还确立了禁止权利滥用的原则（也包括不得违反公序良俗原则）。要正确认识到，禁止权利滥用并不是对民法权利本位的否定，而是给予权利以相当的制衡，以兼顾某些社会利益的需要。

我国现行的民事法律体系正是向着以权利为本位的方向迈进的。以我国《民法通则》为例，它以保障合法民事利益，公平合理调整民事关系为主旨，以权利为中心，规定了：民事权利主体（自然人、法人）制度；民事权利得丧变更得法律事实（包括法律行为、代理、时效）制度；基本民事权利（物权、债权、人身权、知识产权、继承权）制度；以及民事权利保护救济制度（民事责任）。这一体系，不仅充分地体现了民法以权利为本位的法律理念，亦坚持以诚实信用原则来防止和规制权利滥用，使民事权利体系达到一个较好的平衡状态。

[参考资料] 寇志新总编：《民法学》，陕西人民出版社，1998年版。

5. 论物权的动态化（从归属到利用）的立法思想。

答：物权的动态化立法实现是与所有制相联系的。生产资料的归属关系只是所有制的一个层面，而且它对生产方式和社会的形态的决定作用也是相对的而非绝对的。在生产资料归属不变的情况下，生产资料在生产过程中的具体利用形式仍然是可以变化的，而且它的变化对生产方式和社会形态的变更仍然具有一定的推动作用。

由于所有制是一个包括生产资料归属关系和实际利用关系在内的两层面结构体，因此，对所有制关系的法律表现和调整就不是一个单纯的所有权制度所能完成的，必须建立包括所有权和各种他物权在内的完整的物权制度才能全面反映和调整所有制关系。因为所有权的一般社会功能是确认和保护生产资料的归属关系，对生产资料在生产过程中的实际利用关系，特别是在非所有人利用所有人的生产资料进行生产经营活动时，所有权制度的法律调整就显得无能为力了。必须建立相应的他物权制度才能协调所有人与利用人以及所有人、利用人与第三人的物质利益关系。例如，对我国农村集体所有制的法律调整，就需要同时确认集体的所有权和承包者的承包经营权（一种他物权）。

生产资料的归属关系在所有制的两层面结构中是重要的，特别是在社会主义革命和社会主义改造的特定年代。但是，在社会主义生产资料公有制已经建立起来并得到巩固之后，无产阶级的历史使命也就由剥夺者的生产资料转为运用这些生产资料进行大规模的社会主义建设。随着这一历史使命的转变，法律对所有制关系调整的中心也就应当随之转移，加强生产过程中的一系列物质利益关系的法律调整，也就是要通过“从归属到利用”的法律完善使生产资料物尽其用。

[参考资料] 彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版。

二、案例分析

2000年的8月原告薛明向法院起诉，称被告李忠1990年8月向原告借款8000元人民币并提供有李忠字迹的借条（借条中没有还款期限），1997年至1999年间被告归还了其中的800元，尚欠7200元未还，要求被告偿还此款，并支付滞纳金及利息。被告李忠辩称：被告不欠原告的钱，原告提供的是假借条，况且原告提供的借条是1990年的日期，已过诉讼时效，要求法院驳回其起诉。在法院审理时，因被告不愿交鉴定费而未对借条予以鉴定。

问：1. 此案涉及诉讼时效的哪些基本原理？

2. 作为审判法官，如何认定借条的真伪？如何处理此案，其法律和法理依据是什么？

答：1. 此案涉及诉讼时效的中断及诉讼时效的效力等基本原理。所谓诉讼时效是指对在法定期间内不行使权利的权利人，使其丧失在诉讼中的胜诉权的法律制度。诉讼时效的中断是指在诉讼时效进行期间，因发生一定的法定事由，使已经经过的时效期间统归无效，待时效中断事由消除后，诉讼时效期间重新起算。诉讼时效中断的法定事由包括权利人提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务等。诉讼时效完成后，权利人的胜诉权消灭。

本案中，原告薛明称被告李忠于1990年8月向其借款8000元人民币，并曾于1997年至1999年间归还其中800元，诉请法院判令被告继续偿还剩余款项。而被告李忠的抗辩理由包括两项，一是声称借条为假，二是主张诉讼时效已过。

首先，我们假设借条为真来讨论诉讼时效的问题。借条系1990年8月所写，虽然距提起诉讼时已经年代遥远，已经过了2年的诉讼时效，但是如果不断发生诉讼时效中断的事由，则完全可能仍在诉讼时效期间之内。为了证明该债权债务关系仍在诉讼时效之内，原告须证明以下几点：第一，自1990年到1997年间不断发生诉讼时效中断事由，使债权的强制力得以保持；第二，自1997年到1999年确有被告还款一事。至此，将各个阶段的诉讼时效中断事由联系起来，可使该债权的法律强制力一直保持到诉讼时。

2. 作为审判法官，对于借条的真伪应当凭借这样几点，首先，尽量找一些可对照的材料，以防出现重大失误，其次，要求被告进行鉴定，并向被告讲明，如果拒不进行鉴定，可能因未尽到举证责任而被推定为借条为真。因为借条是原告举出的初步证据，如果没有相当的反证，应当认定借条具有法律效力。这样做的法律依据在于民事诉讼法上的证据规则。

[参考资料] 《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定；彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版。

中南财经政法大学

2002 年招收硕士研究生入学考试试题 A 卷

专业：民商法学

考试科目：民法

方向：民商法学

一、论述题（共 90 分）

1. 试论民法的体系化。（20 分）
2. 试论 WTO 框架下民法基本原则的意义。（20 分）
3. 试述物权变动制度在物权法中的作用与价值。（15 分）
4. 试述我国著作权法修正案对新技术环境下著作权作品的保护。
5. 遗赠与赠与合同的区分分析。（15 分）

二、案例分析（10 分）

2000 年 3 月 15 日，郭某到北京市某工商支行的某储蓄所办理存款手续。郭某填写了一张 4000 元的活期存款凭条后，将凭条和现金及存折交给该储蓄所接柜员 A，A 接柜员接过现金后，分别用手点和机点各清点了一遍现金，见与存款凭条所填数额一致，便发给郭某铜牌一枚（编号为 10 号），并将现金和存折凭条一并交复核出纳员 C 复核。复核出纳员 C 在复核中发现郭某所交现金少 2000 元，与凭条所填金额不符，随即将手续退回接柜员 A，由 A 告诉郭某少了 2000 元。郭某在现场查找和回家查找后坚持自己所交 4000 元现金无误。双方争执不休，事后该笔储蓄被封存，并将郭某所填存款凭条撕毁。后双方协商无效，原告郭某诉诸法院判令被告返还 4000 元存款，被告则以银行已有“两人临柜，复核为准”的规定为由，拒绝承担储金短缺的责任。

问题：

1. 找出此案的焦点问题并定性。
2. 请依据我国现行合同法的有关条款予以分析处理。

参考答案

2002 年招收硕士研究生入学考试试题 A 卷

专业：民商法学

考试科目：民法

方向：民商法学

一、论述题

1. 试论民法的体系化。

答：大陆法系国家多从法典化的角度来设计民法的体系，当前，我国亦在轰轰烈烈地讨论和争论着中国民法典的制定。有学者指出，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，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。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。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。

在民法典的起草工作中，学者们之间形成了各自的见解和思路，并发生了较为激烈的学术争论。民法典起草工作小组成员梁慧星先生将当前我国民法典编纂的思路归纳为三条，即所谓“松散式、联邦式”思路、“理想主义”思路和“现实主义”思路。而徐国栋先生则认为，所谓“松散式、联邦式”的思路并非指定民法典的思路，而是反民法典的，严格地说，当前民法典编纂地思路实际上只有“理想主义”与“现实主义”之争，而这一争论实际上又是“新人文主义”与“物文主义”的竞争。

我在了解和学习以上种种观点之后，对我国民法法典化的思路有以下几个方面的观点：

其一，我国民法典应依照民商分立的思路来进行。我认为现代经济关系越来越复杂，其发展速度远远快于人民生活方式和生活观念的变化，商事交易的现代性要求也与传统的民法制度差别甚大，又由于区域经济发展的不平衡，在一部分地区，民事法律主体的行为亦经常涉及商事关系，在另一部分地区，民事行为和商事行为的区分仍然非常显著。而且商法本身的制度和理论尚未形成一个有机的、周延的体系。因此考虑到法律的整体适用，我认为还是应当遵循民商分立的思路，民法典主要用来规范传统的民事法律关系，商事法律仍以单行法的形式继续发展和成熟。

其二，我国民法典应在设计整体模式的基础是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、收养法等纳入民法典，形成完整的民法体系。

其三，我认为民法典的体系可分为总则、物权、知识产权、债权总则、合同、亲属、继承、侵权行为八编。其中，总则中关于民事主体的规定可包容人格权的规定，即不设立单独的人格权编。而知识产权突破了传统民法的“物”的概念，可将其与物权并列，待民法理论成熟到足以将二者统一于某上位财产权概念时可再行设计新的体系。而侵权责任几乎涉及合同之外的所有民事权利，放在民法典之后，比较符合逻辑性，也有更大的余地规定精神损害赔偿等制度。

总之，民法典的制定过程既是对基本国情的梳理过程，也是对传统理论反思和突破并借

鉴先进制度的过程，应当在实事求是的基础上把握住时代的脉搏，尽可能制定出符合中国国情、亦符合民法科学体系、能够真正在中国大地上扎下根来的民法典。

[参考资料]江平：《中国民法典制订的宏观思考》，载于《法学》2002年第2期；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；易继明：《民法法典化及其限制》，载于《中外法学》2002年第4期；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。

2. 试论 WTO 框架下民法基本原则的意义。

答：WTO 要求在市场经济中讲求平等、自由、公平和信用，这也正是民法的基本原则和理念。加入 WTO 对民法的四大基本原则有了更具体、更进一步的要求，体现在如下方面：

第一，平等。平等是中国参加 WTO 的首要条件。平等包含两个概念的平等，一是中国人和外国人之间的平等，一个是中国人自己的平等。参加 WTO 首要的是中国人和外国人的平等，在法律里面就叫国民待遇原则。国民待遇原则在我国应该有三个层次的领域，最低的层次应该是在交易活动里面的，即合同领域。第二个层次就是投资领域，如公司法、合伙企业法所涉及到的问题就包括，外国人能不能在中国设立有限责任公司，能不能作为发起人设立股份有限公司，外国人可不可以来中国设立合伙企业等等。我国民法通则用的是“公民”和“法人”的概念，“公民”用的就不准确，因为“公民”有国籍的概念，是公法的概念。而外国人来中国设立合伙企业，如何用其境外的财产承担无限责任呢，这也是个问题。平等的第三个层次是任何国家都规定某些行业领域限制外国人经营，这也是必然的，但是又不能限制过多。所以加入 WTO 之后，中国人和外国人在民法上的平等究竟指哪些方面值得研究。另外一点，中国人之间的平等，即中国自然人和法人之间的平等。首先要消灭企业之间因所有制不同的不平等。那么，在贷款、税负、破产、清算以及其他方面，国有企业如何与其他企业平等，都应得到解决。

第二，自由。自由竞争是市场机制的动力，很多国家都讲企业自治，甚至再提高点到社会自治。私法本来是私权领域内的，国家根本不干预，但是世界发展到了今天，任何一个国家都需要有国家干预，绝对没有国家干预的时代已经过去了。私权要服从于公权，现在没有任何一个国家私权完全不受约束。国家必须干预，但是干预到什么程度呢？这也是个值得研究的问题。对于私法领域许多问题我们现在有时候不得不采用行政的办法来解决，将来参加 WTO 就不可以了，如专利法和商标法里面有些地方就不能用行政的办法解决了。私法和公法有很大的不同，公法是管理法，就是行政干预。而私法却并非如此，私法领域里市场经济仍然有一个政府干预管理的问题，但是这个政府干预管理的手段又和公法中的管理手段不一样。因此，我们现在的自由机制，实际上包含了政府的权力和市场经济的主体之间的关系，参加 WTO 就意味着政府不能用行政手段决定市场的进入或者市场的退出，或者不能主要用这种手段，或者在一定范围内用这种手段。参加 WTO 就是一个协定，一个约定，这个约定对政府权力有很多限制，有些事情政府不能干预，由当事人自己决定。当然，自由机制也包括任意性规范的自由机制，合同由当事人自己约定。

第三，公平竞争的机制是市场中很重要的问题。公平有两层含义：第一是机会公平，具有平等的竞争机会。应该说机会公平是民商法乃至经济法来管的范围。第二是结果公平，这是指竞争中必然有失败者，在竞争中必然有由于自身的条件造成了其无法与他人公平竞争的问题。这需要由社会保障法和税法来调整解决，这属于公法的范畴，因此我们这里所指的公平是机会的公平，西方国家把这一类法统称为竞争法，以保护在竞争中的公平。这种法律的特点在于“反”字打头，反垄断法、反不正当竞争法、反倾销法、反政府补贴法，还有在价格领域的反暴利法等。这些问题在我国很重要，尤其是参加 WTO 以后，要减少政府的行政限制、行政干预的手段，就要加强这方面的力度。怎样运用反倾销法保护我们自己的利益，一方面，外国人在我国低于成本销售产品我们可以对其进行反倾销调查、征收反倾销税，另

一方面，我们在国外被采取反倾销措施我们可以对其提起诉讼。还有垄断问题、不正当竞争等问题，都需要深入研究。

第四，信用。信用更风险是成反比的，信用越高风险当然就越小，信用越低风险当然就越大。我国现在市场风险非常大，所以如何建立信用机制是一个很重要的问题、信用机制包括两个方面，一个是整个财产的信用，另一个是收入，两方面结合才能构成一个稳定的社会信用机制。建立信用机制还需要一个很长的过程，但不建立一个完善的信用机制，我们就不可能有一个真正健康发展的市场经济。

[参考资料]江平：《平等·自由·公平·信用：加入“WTO”后我国的民法原则》，载于《西安政治学院学报》，2000年12月刊。

3. 试述物权变动制度在物权法中的作用与价值。

答：物权法是调整物之归属与流转关系的，物之流转是从动态的意义上说的，即物权的变动；物之归属是从静态的意义上说的，即物权人于其拥有的物上所享有的物权类型、内容。物权变动涉及到物由此人到彼人的归属的转移，对社会影响重大。因此，民法设计了物权变动制度来规范物权变动的行为及其效力，这一制度的主要内容是公示公信原则。所谓公示原则，是指物权在变动时，必须将物权变动的事实通过一定的公示方法向社会公开，从而使第三人知道物权变动的情况，以避免第三人遭受损害并保护交易安全。而公信原则是指一旦当事人变更物权时，依据法律的规定进行了公示，则即使依公示方法表现出来的物权不存在或存在瑕疵，对于信赖该物权的存在并已从事了物权交易的人，法律仍然承认其具有与真实的物权存在相同的法律效果，以保护交易安全。

因为物权具有绝对排他之效力，变更的情形必须具有一定的外部特征，才能让世人知道物权发生变动，也只有赋予物权的公示以稳定的法律效力，才能避免使第三人遭受损害，从而保护交易安全。可见，物权变动制度是物权本身的特点所要求的，是物权法不可缺少的重要制度。物权变动制度直接保护变动物权的当事人，间接保护处于交易过程中的第三人，求得交易秩序的安全便捷和稳定。因此，它对于实现物的有序流转、实现物权法的规范宗旨有重要意义。

[参考资料]彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版；马俊驹、余延满著：《民法原论》（上），法律出版社，1999年版。

4. 试述我国著作权法修正案对新技术环境下著作权作品的保护。

略

5. 遗赠与赠与合同的区分分析。

答：遗赠是指公民以遗嘱的方式将个人合法财产的一部分或全部赠送给国家、集体组织或法定继承人以外的其他人，并在遗嘱人死后发生法律效力的法律行为。赠与是指当事人约定一方将自己的财产无偿移转于他方所有的合同。

遗赠与赠与的区别，主要有以下几个方面：第一，法律行为的性质不同。遗赠是遗赠人的单方法律行为。即遗嘱人在立遗嘱时，不必征求受遗赠人的同意，就可在遗嘱中作出遗赠的规定，赠与则是属于双方法律行为。赠与人和受赠人是合同关系。赠与人的赠与行为只有在得到受赠人的承诺以后，即双方的意思表示一致，赠与合同才能成立，发生法律效力。第二，发生效力的时间不同。遗赠必须在遗嘱人死亡之后才能发生法律效力，因此遗赠是死后生效的法律行为。而赠与则要在赠与人与受赠人意思表示一致，并实际交付赠与标的物之后才能发生法律效力，因而赠与是生前生效的法律行为。第三，意思表示的方式不同。遗赠必须以遗嘱方式进行，并遵守法律关于遗嘱的有关规定。赠与没有严格的形式，除法律对特殊标的赠与有形式上的要求以外，双方当事人可用口头或书面形式表示。因此，遗赠是要式法律行为，赠与是不要式法律行为。第四，处分财产的范围不同。遗嘱人按照遗嘱方式处理其死后遗产，在法律上有一定的要求。如不得剥夺无独立生活能力又无生活来源人的遗产份额，

同时也不得侵害其他债权人的利益等。而赠与的情况则不同，对赠与人处理自己生前的财产的范围，法律是不加限制的。

[参考资料]彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版。

二、案例分析

2000年3月15日，郭某到北京市某工商支行的某储蓄所办理存款手续。郭某填写了一张4000元的活期存款凭条后，将凭条和现金及存折交给该储蓄所接柜员A，A接柜员接过现金后，分别用手点和机点各清点了一遍现金，见与存款凭条所填数额一致，便发给郭某铜牌一枚（编号为10号），并将现金和存折凭条一并交复核出纳员C复核。复核出纳员C在复核中发现郭某所交现金少2000元，与凭条所填金额不符，随即将手续退回接柜员A，由A告诉郭某少了2000元。郭某在现场查找和回家查找后坚持自己所交4000元现金无误。双方争执不休，事后该笔储蓄被封存，并将郭某所填存款凭条撕毁。后双方协商无效，原告郭某诉诸法院判令被告返还4000元存款，被告则以银行已有“两人临柜，复核为准”的规定为由，拒绝承担储金短缺的责任。

问题：

1. 找出此案的焦点问题并定性。
2. 请依据我国现行合同法的有关条款予以分析处理。

答：1. 此案的焦点问题在于银行的内部规则“两人临柜，复核为准”是否对郭某有拘束力。该规则的性质应为格式条款问题。

2. 我国现行《合同法》（1999年）对格式合同的特殊效力有下列几个方面的相关规定：

（1）《合同法》第39条规定合同拟定人负有公平拟定合同的义务和对免责条款善尽提示与说明的义务。由于格式合同是一方当事人事先拟定的，因此法律特别要求拟定人应尽可能遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，同时为了防止拟定人恣意减轻或免除己方责任，而相对人忽视有关条款轻率签约致利益受损，法律要求合同拟定人须以合理的方式提请对方注意格式合同中免除或限制合同拟定人责任的条款，并在相对人有要求时，对该条款的含义予以说明。所谓“合理的方式”，不仅指明示或在书面合同中对该条款作醒目的标示，还包括使相对人确实了解该条款的含义，尤其是在合同用语的含义与一般人的理解不同时。（2）《合同法》第40条法律规定，如果提供格式合同的当事人一方在合同中免除或减少自己应负的义务，加重对方责任或排除对方主要权利的，该条款为无效。

从本案来说，银行所谓“两人临柜，复核为准”并不为客户所了解或注意，因此对郭某没有法律约束力。而且，从案情叙述来看，郭某所填存款凭条被撕毁似为银行方面所为，则其在证据方面就要负不利责任了。据此，应当判决由银行向郭某返还4000元存款。

[参考资料] 《中华人民共和国合同法》相关规定。

中南财经政法大学

2003 年招收硕士研究生入学考试试题 A 卷

专业民商法

考试科目：民法

一、比较以下概念的异同（共 25 分）

1. 意思表示与意思实现（6 分）
2. 诉讼时效与除斥期间（6 分）
3. 委托合同与代理（6 分）
4. 遗嘱继承与遗赠（7 分）

二、论述题（共 100 分）

1. 试论民法与商法关系及其立法选择（20 分）
2. 针对我国民法典立法，谈谈你对用益物权构建的认识。（20 分）
3. 试论我国合同法无权处分制度如何与权利瑕疵担保制度协调（30 分）
4. 试论知识产权在民法中的地位（30 分）

三、案例分析（共 25 分）

乙丙两人合伙与某镇政府签订三年承包合同，承包镇一下属企业，合同约定承包期债务与该镇企业无关，企业营业执照变更乙为法定代表人。承包之初乙丙向汪某借款 16 万元用于生产周转，期限半年，借据上盖有该企业公章。三个月甲以新合伙人身份与乙、丙合伙继续承包该企业。甲乙丙约定乙丙合伙期间债务与甲无关，企业营业执照变更甲为法定代表人。现汪某以债务已逾清偿期对方违约为由诉至法院，要求该镇企业偿还借款 16 万元及其利息。

请问：1. 本案被告主体怎样确定？是以该企业为被告，还是以乙丙为被告，或以甲乙丙为被告？能否追加镇政府为本案共同被告？为什么？

2. 请用合伙原理全面谈谈对本案的处理意见。

www.docin.com

参考答案

中南财经政法大学

2003 年招收硕士研究生入学考试试题 A 卷

专业民商法

考试科目：民法

一、比较以下概念的异同

1. 意思表示与意思实现

答：意思表示是行为能力适格者发表其只有形成的私法效果目的的行为。意思表示是法律行为的核心要素，决定法律行为的法律效果，体现了意思自治的民法理念。意思实现则是合同成立的一种方式，它是指依照习惯或交易的性质，承诺无须通知的要约，或要约人预先

声明承诺无须通知的要约，其相对人如在相当时期内有可推断其承诺意思的客观事实，可以据此而成立合同。所谓有可认为承诺的事实，通常理解为受要约人有履行其合同义务或行使合同权利的行为，如开始处理委托事务，发运要约人欲购的货物等。但是，以这种承诺事实而成立合同的方式，必须在要约的有效期内作出。由此可见，意思表示与意思实现虽然都与意思有关，但在民法体系中是两个不同范畴的概念。

2. 诉讼时效与除斥期间

答：诉讼时效是请求权人怠于行使权利而于一定期间经过该相应权利依法归于消灭的时效，因请求权的保护须向法院或者仲裁机构诉求，与诉相关，所以称之为“诉讼时效”。除斥期间是形成权存续的法定期间，其制度价值在于消灭形成权，消除权利的不稳定状态，从而原有秩序得以继续存在。诉讼时效与除斥期间虽然同为法律上的期间，却是有区别的：诉讼时效是指权利人在法定期间内不行使权利即丧失请求法院依诉讼程序强制义务人履行义务的权利，其客体为债权之请求权，为可变期间，一般可中止、中断或延长；而除斥期间是形成权存续的法定期间，其客体仅限于形成权，而且属于不变期间，即使司法机关也无权使之延展，亦无中止和中断制度。

3. 委托合同与代理

答：委托合同，又称委任合同，是指一方委托他方处理一定事务，他方接受委托的协议。委托合同是在委托人与受托人内部建立代理关系（意定代理）的前提。所谓代理是指。委托合同是一种比较古老的合同类型，汉谟拉比法典中就对其作了规定，但罗马法中并不区分委托合同与代理关系，而是将二者混为一体，认为委托合同必含有代理权的授予。法国民法典承袭了这一理论。只是在德国民法典以后，各国立法才严格区分委托合同与代理，认为委托合同是产生代理行为的根据，而代理行为则是为了实现委托合同委托的内容，代理制度在总则中加以规定，委托合同则规定在债编中。

4. 遗嘱继承与遗赠

答：遗嘱继承是按照被继承人生前所立合法遗嘱继承遗产的继承方式。遗赠是遗嘱人以遗嘱将其遗产中的财产权利的一部或全部，无偿给予继承人之外的个人、集体或国家，于遗嘱人死亡时生效的单方要式法律行为。两者有两大不同：其一，标的不同。遗赠的标的仅是遗产中的财产权利，因为法律不允许任何人单方面为他人设定义务，相反，遗嘱继承是总括继承，继承人不能只继承积极遗产，不继承消极遗产。其二，相对人不同。遗赠的相对人是继承人之外的个人、集体和国家，而遗嘱继承中的相对人必须是法定继承人范围内经遗嘱人指定的自然人。

[参考资料] 彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版。

二、论述题

1. 试论民法与商法关系及其立法选择。

答：民法与商法的关系，从本质上说就是民商合一或者民商分立的问题。

商法与民法相比，在以下几个方面都有区别：1. 从法律关系上看，商事关系完全是财产关系，而且均属双务有偿关系。民事法律关系既有财产关系，又有人身关系，财产关系中既有有偿的，又有无偿的，有双务的，也有单务的就其本质属性看，民事关系均为横向关系，商事关系则不尽然。2. 从法律的制约程度看，商法对商行为的要求具有相当的灵活性，形式也较多言，完全取决于市场流转的客观需要。民法对民事法律行为的要求则比较严格，方式也较单一，特别在物权法领域更为明显。这是因为，商法所调整的基本属于动态中的财产关系，民法则既有动态也有静态，就维护整个社会的财产秩序而言，民法不能不特别关注财产关系中的静态，并把它作为一切财产关系的基础。3. 从归责原则上看，商法的归责原则在很多情况下，承认无过错也承担责任，从发展趋势上看，无过错原则将不断增加。民事责任中，仍以过错责任原则为主，对无过错责任、过错推定、公平原则等均有许多限制。商

法归责原则的特点，主要是由于商事关系的营利性及其相应的风险性所决定的。4. 从规范形式上看，商事习惯在商法规范的形成和发展中具有重要作用。民法虽然也有成文法和习惯法之分，在历史上习惯法也曾起过很大的作用，但从现实情况来看，成文法的地位已远远超过习惯法，并形成较稳定的格局。5. 从国际性上来看，商法的国别差异愈来愈小，商法规范已超出国家、民族和地区的界限，从某种意义上来说，国际法已成为商法的重要组成部分。相比之下，民法则具有较强的民族性、地域性和传统性。

除此之外，民法与商法还有另外一些更重要的差异：第一，从主体来看，民法的基本主体通常为自然人，而商法的基本主体主要是营利法人——公司。因此，有关公司组织的一些特殊的法律制度，即公司法，明显有别于民法的人法。第二，从权利、义务的发生机制上看，民事权利和民事义务主要依契约而产生。而商法则发展出了很多社会性的法律制度，如反不正当竞争法等，以使契约过程和契约内容尽量简化，发生纠纷时，权利义务依有关的法律制度来确定。第三，从基本原则上看，民法崇尚公平原则，而商法是交易安全至上。第四，从责任种类上来看，民法基本上属于一元责任，即单一补偿性的民事责任。商法是私法公法化的主要载体，在促成商事主体横向往来的同时，还要关注社会公益和国家宏观经济政策，所以，商法上的责任种类呈多元化格局，既有补偿性的民事责任，也有制裁和惩罚性的行政责任，甚至刑事责任。

综上，民法与商法既存在基本原则方面的大不同，也存在具体制度上的小异，因此我认为民商分立更科学、更合理，更能适应现代社会的发展。

[参考资料] 王保树主编：《中国商事法》（新编本），人民法院出版社，2002年版；苏惠祥主编：《中国商法概论》（修订版），吉林人民出版社，1996年版。

2. 针对我国民法典立法，谈谈你对用益物权构建的认识。

答：我国现行的有关用益物权的权利的规定是零散的，有些甚至是不科学的。这主要是因为我国的法的理论和法律制度中没有确立物权的概念，未以物权法特有的调整方法和规则规范对物的支配关系，因此在当前制定民法典之际，应在扬弃现有的用益物权制度的基础上结合物权法的基本原理，构建我国科学而又现实的用益物权的权利体系。

物权法的固有法属性，是其区别于债权法的一个显著特征，由于物权与人类的生存息息相关，其种类和内容的设定、其行使和保护的方式，都深受本国的经济、政治、民族、文化、社会、历史、宗教等诸多因素的影响。在构建我国土地权利体系的问题上，亦应更多地考虑本国国情，审慎地借鉴外国先进立法经验。

物权法是建立在物权法定主义、公示及公信原则、一物一权主义等一些基本原则之上的。尤其是其中的物权法定主义原则，对于构建我国土地权利体系具有重要的技术意义。根据物权法定主义原则的要求，在构建我国用益物权体系时，在立法技术上应当注意以下几点：1. 在物权形态的名称上应当是明确的、惟一的，在法律上应有其严格的体系。2. 在物权的种类上应当有其系统性，我国的土地权利体系应当是由不同种类的土地权利组成一个结构完整、充分、统一的体系。

综合考虑以上原理之后，我们可以根据我国用益物权制度的本质和目的，运用确立我国用益物权体系的基本原则，以我国现实的财产利率关系为基础，建立这样一个土地用益物权体系：地上权、农地承包权、典权、居住权和地役权。

（一）地上权是指在他人的土地上因建造、保有建筑物或其他工作物而使用他人的土地的权利。地上权可以于国家所有或集体所有的土地上设立，其权利、义务的结构，决定于地上权对土地的使用目的和使用方式。不论是于国家所有还是集体所有的土地上设定地上权，其内容结构形态应当同一，不应因土地所有权的性质的不同而有所区别。

（二）现行土地承包经营权是一种“具有债权性质的不纯粹物权”，因之必须将其物权化。应采用农地承包权的概念，它是指为种植、养殖、畜牧等农业目的而对国家或集体所有

的土地占有、使用、收益的权利。

(三) 我国物权法还有必要承认在地上权、农地承包权等权利上可以设定典权，为多层次的土地的归属和利用提供相应的法律形式。因为在我国，土地所有权移转的法律途径只能是将集体土地征用为国有土地。这就使得我国市场经济的发展中，土地的他项权利，尤其是土地用益物权显得极为重要。这些土地用益物权实际上担负着土地权利的民事移转和利用，起着我国土地归属和利用的市场机制的建立的权能媒介的作用。因此我国物权法有必要承认在地上权、农地承包权等权利上可以设定典权。

(四) 居住权是因家庭关系、婚姻关系而产生的赡养、扶养和抚养的需求设定的权利，表现为居住权人因居住的目的对他人所有的房屋的使用权。

(五) 地役权是以他人土地供自己土地便利而使用的权利，我国的物权法应当扩大地役权主体，即地役权人应包括土地所有权人、地上权人、农地承包权人，而不是仅限于土地所有权人。

[参考资料] 钱明星：《我国用益物权体系的研究》，载于《北京大学学报》(哲社版)2002年第1期。

3. 试论我国合同法无权处分制度如何与权利瑕疵担保制度协调。

答：我国《合同法》第51条规定了无权处分行为效力待定的制度，而同一部法律第132条规定了出卖人的权利瑕疵担保义务。由此，如果不区分负担行为与处分行为，一概地认为无权处分所订立的买卖合同效力未定，若权利人不予追认或者无权处分人缔约后没有取得处分权，将导致合同自始无效，从而损害了出卖人权利瑕疵担保制度的规范目的，构成体系违反。

要协调这两项制度之间的关系，还是应当坚持区分负担行为和处分行为的效力。虽然我国学界通说并未完全接受德国法上的物权行为独立性和无因性理论，但是已经接受了负担行为与处分行为的概念；虽然合同法不承认独立和无因的物权行为，但它显然已经接受了“区分物权变动的原因与结果”的原则。因此，也可以在区分负担行为与处分行为的基础上，将《合同法》第51条的规定理解为：无权处分所订立的买卖合同为有效，只是物权行为的效力不定。那么可以通过以下规则理顺无权处分制度与权利瑕疵担保制度之间的关系：

(1) 出卖他人之物的买卖合同，不属于《合同法》规定的无权处分而效力未定；

(2) 在出卖人将出卖之物中，买卖合同属于负担行为。该买卖合同的效力，不以出卖人对标的物享有所有权或处分权为要件，也不当然地受买卖双方主观上是否善意地影响，该买卖合同是确定有效的；

(3) 依据买卖合同，出卖人负有转移标的物所有权于买受人的义务。出卖人履行合同的的行为，属于处分行为，应适用《合同法》第51条的规定，该处分行为是效力未定的；

(4) 若出卖人已经将标的物交付于买受人，则出卖人履行合同的结果就是无权处分行为结果的实现。该处分行为是否有效，取决于权利人是否追认或者出卖人是否取得处分权。若权利人予以追认或者出卖人取得处分权，则其处分行为自始有效。否则，该处分行为自始无效，出卖人因其不能履行合同而承担违约责任；

(5) 在标的物为动产且已交付于买受人的情形，如果买受人是善意的，那么，即使权利人没有追认或者出卖人未能取得所有权或处分权，买受人也可以根据善意取得制度而取得标的物的所有权。

[参考资料] 《中华人民共和国合同法》相关规定；王闯：《试论出卖他人之物与无权处分——兼评〈合同法〉第132条与第51条之间的关系》，载于王利明主编：《民商法理论争议问题——无权处分》，中国人民大学出版社，2003年版。

4. 试论知识产权在民法中的地位。

答：知识产权在民法中的地位可以这样来概括：知识产权是民事权利，属于对世权、支

配权。

首先应当明确，知识产权法是私法，是民法的特别法，知识产权是民事权利。知识产权法的调整对象包括：智力成果、商业标志和其他信息的归属关系；智力成果、商业标志和其他信息的利用关系；智力成果、商业标志和其他信息的交换关系。知识产权法调整的这些社会关系，是平等的当事人之间因知识产品的归属、利用、交换所发生的财产关系和人身关系。虽然专利法和商标法中都有一定数量的政府机关审查授权以及权利撤销等规定，但是，这些规定都是为权利的取得和维持服务的，属于知识产权法中的程序性规定。而且最新的法学研究成果认为，程序法和诉讼法是两个不同的概念，大多数实体法中都有程序性的内容，如权利取得程序、权利行使程序、权利维持程序等等。这些程序性条款是实体法的有机组成部分，不影响知识产权法调整社会关系的平等性质。

所以，要明确，知识产权法是私法，是民法的特别法，知识产权是民事权利。

知识产权是民事主体依据法律的规定，支配其所有的信息，享受其利益并排斥他人干涉的权利。这一定义揭示出，知识产权属于民事权利，其保护对象为信息，知识产权的权利人是受保护信息的所有人，知识产权为支配权，权利人可以直接支配权利所保护的客体。具体来说，知识产权是对世权、支配权。对世权是指知识产权的义务主体是除权利人之外的一切人。在这一点上，知识产权与物权相同，而与债权有别。知识产权是支配权，权利人得根据自己的意志，对权利的保护对象进行全面支配，并排除他人干涉，如可以进行商业性利用，也可以不利用，可以用法律许可的任何一种方式利用，也可以进行处分。知识产权在这些方面与物权一样，所以可被称为“准物权”，因此，物权法上的一些重要原理，如权利法定原则、公示公信原则等也可以用来研究知识产权。但毕竟，知识产权的客体与物权的客体有着根本区别，由此知识产权具有一些独有的特征，如知识产权可分地域取得和行使等等。因此知识产权是民法中的一类独立于物权、债权的，特别的权利。知识产权法是民法的特别法。

[参考资料] 张玉敏主编：《知识产权法学》，法律出版社，2002年版。

三、案例分析

乙丙两人合伙与某镇政府签订三年承包合同，承包镇一下属企业，合同约定承包期债务与该镇企业无关，企业营业执照变更乙为法定代表人。承包之初乙丙向汪某借款16万元用于生产周转，期限半年，借据上盖有该企业公章。三个月甲以新合伙人身份与乙、丙合伙继续承包该企业。甲乙丙约定乙丙合伙期间债务与甲无关，企业营业执照变更甲为法定代表人。现汪某以债务已逾清偿期对方违约为由诉至法院，要求该镇企业偿还借款16万元及其利息。

请问：1. 本案被告主体怎样确定？是以该企业为被告，还是以乙丙为被告，或以甲乙丙为被告？能否追加镇政府为本案共同被告？为什么？

2. 请用合伙原理全面谈谈对本案的处理意见。

答：1. 我认为本案被告主体应为该企业，并列甲乙丙三人为共同被告，不能最佳镇政府为本案共同被告。这样安排当事人的原因在于，借据上写有该企业的公章，因此该企业是借款人，应当承担还款义务。而现该企业由甲乙丙三人以合伙的方式承包经营，则合伙人对合伙组织的债务承担无限责任，所以可以把被告的合伙人都列为共同被告，增加受偿机会。但是镇政府只是该企业的发包人，与该企业的经营无涉，因此不应将其列为本案共同被告。

2. 合伙是依法设立的、由各合伙人订立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。合伙成立后第三人加入合伙，原则上，新合伙人与原合伙人享有同等的权利，承担同等的责任，如享有合伙既有之债权，同时，对合伙既有的债务承担连带责任。但是，对于新合伙人在合伙中的地位，原合伙人与新合伙人也可以在入伙协议中达成另外的约定，在符合公平原则的前提下，法律对之不干预。

结合本案事实，甲在入伙时与乙和丙签订协议称不对入伙前债务承担责任，这一约定仅

在其内部有效，不能对抗第三人。因此，本案可判决，由该企业和甲、乙、丙三人承担连带还款责任。甲若为清偿，则可根据内部协议取得追偿权。

[参考资料]《中华人民共和国合伙企业法》相关规定；彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版。



中南财经政法大学 2004 年试题解析

(本卷根据考生个人回忆辑录而成, 若与各校公布的真题有出入, 以真题为准。)
中南财经政法大学 2004 年

考试科目: 民法学

一、名词比较解释

1. 法律事实与事件

答: 民事法律事实是指由民事法律规范规定的能够引起民事法律关系的产生、变更或消灭的客观情况。根据客观事实是否与人的意志有关, 民事法律事实可分为行为和事件。行为是指受人的意志支配所进行的并能够引起一定民事法律后果的民事法律事实。事件则是指不以人的意志为转移, 不可预见、不可避免而发生的事实。因此, 法律事实是事件的上位概念, 事件被涵盖在法律事实中, 属于法律事实。

2. 委托合同与行纪合同

答: 委托合同, 又称委任合同, 是指一方委托他方处理一定事务, 他方接受委托的协议。委托合同是在委托人与受托人内部建立代理关系(意定代理)的前提。所谓行纪合同, 是指当事人约定一方接受他方的委托, 以自己的名义为他方从事贸易等业务并获得报酬的合同。委托合同与行纪合同之间的区别表现在: 第一, 行纪合同是双务有偿合同, 行纪人为委托人进行一定的法律行为, 委托人向行纪人支付报酬; 而委任合同可以有偿也可以无偿。第二, 行纪合同的标的是行纪人为委托人进行的法律行为限于商业活动; 而委任的是事务范围很广, 商业、诉讼、亲近探望等法律行为、事实行为皆可以。

3. 商号权与商标权

答: 商标权是指商标所有人依法对其商标所享有的专有使用权。商号权是指商号所有人所拥有的权利。商标权与商号权在客体、内容和保护方式上均有不同: 首先, 商标权的客体是商标, 而商号权的客体则是商号。第二, 商标权的内容包括使用权和禁止权两个方面。商号权的内容包括商号权人的专有使用权和排他权。第三, 商标权是典型的知识产权, 被作为知识产权来加以保护, 而商号权的性质则尚有争议, 其保护方式上存在三种立法例, 一为适用民法保护, 一为适用反不正当竞争法保护, 以为指定专门法律予以保护。

4. 隐私权与知情权

答: 隐私权是指自然人享有的私人生活安宁与私人生活信息依法受到保护, 不受他人侵扰、知悉、使用、披露和公开的权利。知情权又称为“知的权利”、“知悉权”或“了解权”, 是指公民、法人及其他组织知悉、获取信息的自由和权利, 比如公民有权知道自己的档案材料, 有权知道政府人员的品行、工作表现等。知情权的内容是相当广泛的, 在更大的程度上来说是一种公权利, 而隐私权则完全为私权利。公民的知情权与特定人员(如国家工作人员)的隐私权之间可能会存在着冲突, 此时应坚持公众利益优先, 兼顾个人隐私权, 协调二者冲突的原则进行处理。

[参考资料]王利明主编:《民法》, 中国人民大学出版社, 2000 年版; 王保树主编:《中国商事法》(新编本), 人民法院出版社, 2002 年版; 吴汉东主编:《知识产权法学》, 北京大学出版社, 2000 年版; 翁国民、汪成红:《论隐私权与知情权的冲突》, 载于《浙江大学学报(人文社会科学版)》2002 年 3 月。

二、问答题

1. 试述民事主体的类型及其发展。

答: 民法是人法, 是围绕参加具体社会生活实践和经济实践的人而形成的法规范。民法

中的人并非单纯的自然人，而是在社会中以自己的名义承担权利、负担义务的所有自然人个体和非自然人团体。主体的广泛性是民事主体的一个明显特征。

民事主体的概念和理论源于罗马法对生物学意义上的人与身份人的区分，随后出现的“法律意义上的人”这一概念是最早的民事主体，罗马法以此确立了民事主体一元结构。一直到18世纪后期资本主义发展到一定程度时，这样的单一结构才逐渐被打破。1794年普鲁士邦普通法典首次把“法人”引入制定法，1806年《法国商法典》规定了股份有限公司，1900年《德国民法典》承认了法人的民事主体地位，法人不再被看作自然人与财产数量上的简单相加，而真正成为具有独立民事主体资格的“社会客观实体存在”。自然人与法人并立的民事主体二元结构因而形成。但随着经济与社会的发展，科学技术水平的突飞猛进，人们创造出很多新型的组合方式参加民事活动，这些新型组合方式是否应被赋予独立的民事主体地位？此外合伙作为一种古老的组织形式，在新的社会形势下也得到新的发展，它应否成为独立于自然人与法人之外的独立民事主体也是值得考虑的。

我国《民法通则》所确立的民事主体结构正是自然人、法人二元结构，该法设公民（自然人）章、法人章，对这两种典型民事主体加以规定。其中自然人章还收入了“两户一伙”，即个体工商户、农村承包经营户与个人合伙；法人章对法人进行了划分，分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。在“自然人”之外还使用了“公民”的概念反映出该法带有浓厚的公权色彩。此后，《著作权法》、《担保法》、《合同法》等一系列法律对这一民事主体制度进行了补充，但这些仍不能满足不断发展的社会主义市场经济体制改革的要求。社会主义市场经济的发展要求建立一套能够发挥规范市场经济运行、正确调整市场主体间利益关系、充分调动市场主体积极性、促进市场经济健康发展的重要作用的全新的民事主体制度。

针对现有的民事主体体系，合理扩展自然人概念与法人概念，把“非法入团体”的各种具体类型放入二元结构内进行优化组合也许是构建和完善民事主体制度的一种途径。具体来说，将合伙分为民事、商事两类，民事合伙由民法债权编调整，商事合伙并入法人部分；把个体工商户和农村承包经营户划分为个人经营与家庭经营，个人经营的并入法人中的独资企业，家庭经营的并入法人中的商事合伙；联营中的法人型并入法人，合伙型并入个人合伙，合同型由民法债权编调整。

[参考资料]彭诚信：《论民事主体》，载于《法制与社会发展》1997年03期；茆艺宗：《浅论民事主体》，载于《甘肃理论学刊》2003年11月期。

2. 比较不当得利之债与侵权行为之债。

答：侵权行为是不法侵害他人支配型权利或者受法律保护的利益，因而行为人须就所发生损害承担责任的行为。不当得利是指没有法律上的根据，使他人受损而取得的利益。两者的区别表现在：

第一，在规范功能上。侵权行为的规范功能旨在填补受害人所受损害，而不当得利则在于不使利得人获取非法利益。

第二，在法律要件上。（1）不当得利的利得人须受有利益，而侵权行为则不问加害人获益与否。（2）在因果联系要件上，不当得利采用直接因果关系；而侵权行为则采用相当因果关系。（3）在主观要件上，侵权行为以过失或者故意为要件，不当得利则不以过失为要件。

第三，在法律效果上。加害人的债务为填补受害人所受损害，而利得人的债务则只须返还所受利益。两项债务的主题并不相同，数量自然也不同。

[参考资料]张俊浩主编：《民法学原理》

（修订第三版下册），中国政法大学出版社，2000年版。

3. 试述物权法的原则及其意义。

答：物权法的基本原则包括物权法定原则、一物一权原则和公示、公信原则。此三大原

则是物权法具体制度的基础，以下分别予以详述：

第一，物权法定原则，又称物权法定主义，是指物权只能依据法律设定，禁止当事人自由创设物权，也不得变更物权的种类、内容、效力和公示方法。物权法定主义具有如下几项内容：1. 物权必须由法律设定，而不得由当事人随意创设。2. 物权的内容只能由法律规定，而不能由当事人通过协议设定。3. 物权的效力必须由法律规定，而不能由当事人通过协议加以确定。4. 物权的公示方法必须由法律规定，不得由当事人随意确定。物权法定主义是物权法区别于合同法的重要标志。其存在的根据是由物权本身的性质决定的。由于物权是一种对物直接支配的权利，它具有排他性和绝对性，因此物权的取得、丧失、变更等，力求透明，以利于交易安全和充分发挥物的作用。

第二，一物一权原则，又称为物权客体特定主义，是指一个物权的客体仅为一个独立的有体物，在同一物之上不得设立两个或两个以上相互矛盾的物权，尤其不能设立两个所有权。许多学者认为该原则存在的原因主要是大陆法的所有权的客体仅限于有体物，由此决定了客体的范围必须是客观的、明确的，并且必须是唯一的。但除此之外，一物一权规则的采用与法律维护交易安全的需要也是紧密相联的。

第三，公示、公信原则。所谓公示，是指物权在变动时，必须将物权变动的事实通过一定的公示方法向社会公开，从而使第三人知道物权变动的情况，以避免第三人遭受损害并保护交易安全。公信则是指一旦当事人变更物权时，依据法律的规定进行了公示，则即使依公示方法表现出来的物权不存在或存在瑕疵，对于信赖该物权的存在并已从事了物权交易的人，法律仍然承认其具有与真实的物权存在相同的法律效果，以保护交易安全。

由上可知，物权法的三大基本原则各有其确定的含义和内容，总的来说，其功能价值在于恰当合理地分配和保护各方当事人对物所享有的利益，并保障物的流转中的交易安全。

[参考资料]王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社，2000年版。

4. 民商合一的合理性。

答：大陆法系国家的商事立法，有民商分立和民商合一两种体例。在谈及民商分立或民商合一时，人们一般是在以下四种不同意义上使用这一对概念。一是指法典形式之别。民商分立是指在民法典之外，另有单独的商法典。二是指法律部门之别。在学说上，民商分立是指主张民法和商法都单独成立法律部门；而民商合一则主张商法不构成单独的法律部门，只能作为民法的特别法。三是指学科设置之别。民商分立主张商法学为单独的法律学科；民商合一则主张将商法学纳入到民法学中去研究。四是指司法管辖之别。民商分立是指设有专门的司法机构分别管辖民事和商事纠纷；而民商合一则不分民事商事，都受普通法院管辖。

1804年《法国商法典》的诞生，宣告了近代民商分立体制的形成。此后，法国的民商分立的立法模式为欧陆各国和接受大陆法传统的世界各国所采纳。但进入19世纪以来，在私法学说上，开始出现探求民商二法共同性的热潮。民商合一论是在工业革命以后，商品经济进一步繁荣的历史背景下出现的社会生活普遍商化的反映。民商合一论的主要理由是：民事行为与商行为的划分不是严格的；民法与商法存在大量重复的现象；民事法院与商事法院管辖权的冲突很难协调等等。《瑞士债务法典》是民商合一的最早代表，其后，意大利的《民法典》是民商合一的又一范例。

民商合一是近现代出现的法律学说和法律实践，它根源于民法与商法之间不可分割的联系。商法与民法共同调整商品经济关系，因而，两者有十分密切的联系。商法与民法的关系是特别法和普通法的关系。民法所规定的内容是一般社会生活的原则性规定，而商法所规定的内容则是特殊社会生活的具体性或技术性规定，故商法对于民法处于特别法的地位。在民商合一的主张下，商事法律规范或为补充民法的规定，或为变更民法的规定。商法对于民法的补充变更的结果，使商法在某种程度上优于民法。这主要表现在：商法可以先于民法而适用；商法优于民法的效力。

商法与民法的联系具体可归结为以下几点：(1)民法的所有权制度是对从事商品经济活动正常条件的一般规定。(2)民法的主体制度是对商品经济活动主体资格的一般规定。(3)民法的债权制度是关于流通领域中的商品交换活动的一般规定。此外，票据法、保险法及海商法中短期诉讼时效的规定，是民法诉讼时效制度的补充与变更。商法中有关公司活动的代理，票据和保险行为的代理，在清产还债中的财产代理制度，都适用于民法中关于代理制度的有关规定。而且民法中的民事责任制度也可以适用于一切商事法规和商事制度中。

总之，商事法律规范不过是依附于民法的单行法规，因为有民法的指导，这些商事法规才能有所依靠。从这个意义上说，所谓商事法规只不过是民法法规的特殊表现。因此，民商合一确实有其内在的合理性。

[参考资料]赵万一主编：《商法学》，法律出版社，2001年版。

三、论述题

1. 试述财产权体系。

答：两大法系的财产权制度是有很大差别的。大陆法系财产权制度在罗马法中已经取得较为固定的形式，并经德国民法典的发展而臻于完善。概括地讲，大陆法系财产权制度表现为物权和债权二元结构，它们分别调整物的静态占有和动态流转关系，在物权制度中确立了所有权至高无上的地位，他物权依附所有权而存在，在此架构上形成了一套抽象的概念体系，任何具体权利均可纳入上述各种权利范畴中。后来大陆法系诸国均沿袭上述理论，未有根本改动。

英美法系的财产权制度则大不相同。古日尔曼法财产权表现为基于土地而形成的各种具体权利，即在同一财产上同时存在若干互不矛盾的占有权。基于血缘关系和人身依附关系，这些具体权利对所有物进行质的分割而形成团体内部财产权的分层结构，同时不动产的使用和买卖被严加限制。这一传统完全由英美法沿袭，并形成了财产法这一独立的法律部门。虽然资本主义社会不动产流通的限制已减少，并且个人可以拥有土地，但财产权制度仍保留以前的体系。英美普通法也没有债权概念，相关权利以合同法进行调整。两大法系在根本上的差别是不同的法律文化长期积淀形成的。

大陆法系在物、财产和财产权的概念上比较混乱，从而忽视了财产权实际上表现为一系列独立的、完整的和平行的具体财产权利，因此权利人的既得利益受物和所有权框架的约束，对于不涉及“物”和“所有权的财产权利，或昔纳入依附地位，或者无法调整。英美法系也有具体物和抽象物的划分，因而在“物”与“财产”的关系上也存在混乱现象，但抽象物在英美法系被视为基本的财产权利，与所有权具有平等的地位，因此抽象物获得了广阔的发展空间，财产权利主体可以根据用途任意选择其类型，其功能也可以相互结合。

应当认识到，财产权是一个开放的权利体系。虽然大多数现实中的具体财产权利可以逻辑地归入固有的传统权利体系中，但仍有许多新型财产关系无法在其中找到相应的位置。因而，在技术和理论上，财产权应给新的财产权利留下足够的空间。我国在立法上引进和强调超然于物权和债权之上的财产权概念是必要的。“财产权”这一概念比所有权具有更广泛的内涵，因而更能恰当反映经济运行中主体一，百财产联结的程度。在我国目前的民法理论中，财产权概念仅作为权利分类的一种类型使用，在实际立法中并无特定意义。

建立我国财产权体系，可以从这一思路进行，即保留所有权制度，不引入财产权概念，但另外建立与所有权平行的占有制度，强调他物权的平等性、独立性和占有性，即建立财产：归属制度和财产利用制度并重的二元结构。这一思路已为多数学者所接受。但亦可在保留传统的所有权制度基础之上，引入更高层次的财产权概念，对新型财产权利则赋予它与所有权和债权平等的地位。总之，财产权体系的完善还需要深入的探索和研究，最终须结合我国的具体情况来进行。

[参考资料]马俊驹、梅夏英：《财产权制度的历史评析和现实思考》，载于《中国社会科

学》1999年01期。

2. 分析债权总则及其在未来民法典的地位。

答：债的概念起源于罗马法。具体来说，它是在罗马法里各种有名契约的基础上产生，并在其约束力具有财产性质后吸收了已经独立存在的私犯为债因稳步发展的。契约、准契约、私犯、准私犯作为债的渊源得到了后世大陆法系国家民法的继承和发扬。《法国民法典》制定时，尽管立法者认识到契约的重要性，但仍未能突破罗马法的传统，未将债法从物法中分离出来，债法还只是作为取得财产的手段而成为物法的重要组成部分。《法国民法典》对罗马法中债法制度的继承体现在其第三编取得财产的各种方法之上，而且仅对罗马法上契约、准契约、私犯、准私犯等各种债因进行了简单的分类归纳，形成所谓的“契约或合意之债”与“非因合意而发生的债”，后者包括了无因管理、不当得利、侵权行为。只是到了《德国民法典》时期，在世界立法史上才第一次将债从物法中分离出来，独立成编，大陆法系的民法才开始出现债权与物权的制度区分。德国民法典非常讲究体系化，在法典前面，把通过彻底抽象化而形成的一般规则归纳在一起，以提纲契领的方式规定了第一编总则。而且，这种“总则”的思想在其他各编也贯穿始终，表现在债法编中就是首先设立了债法总则。

总则的实质意义载于将具有普遍性、一般性和原则性的规则从具体制度中抽象出来，避免重复规定。具体到债法总则上来说，债法总则应该是为合同、无因管理、不当得利、侵权行为提供共同适用的规则的。但实际上，债法总则在合同之外的领域总是有不能覆盖的情况，尤其是对于侵权行为制度和无因管理制度。因此，债法总则作为总则的意义就被减弱了。

此外，还有一个问题，就是债法总则与合同法总则的关系。在合同法领域中，由于要约、承诺、合同生效要件等是各种合同所共同具备的，因此也有必要把这些共同性规则抽出来规定一个合同法总则是必要的。近代法典化运动以来，债权法就是以合同问题为核心内容。从逻辑上看，合同总则是债法总则的下位概念，不可能包揽债法总则的全部内容，但从立法实际来看，二者内容是可以糅合的，尤其是考虑到债法总则的内容主要来自合同规则，其效用的发挥也主要在合同领域中，而合同法中合同总则又是必不可少的，因此债法总则就显得意义不大。所以我认为，从我国现有立法体系来说，在民法典中不必制定债法总则。

[参考资料]覃有土、麻昌华：《我国民法典中债法总则的存废》，载于《法学》2003年第5期。

3. 根据法理学的原理，解释为什么马克思赞同“法律精神就是所有权”。

答：“法律精神就是所有权”这句话是孟德斯鸠的名言，得到了马克思的赞同。理解这一点，需要对所有权的本质、所有权的社会价值以及所有权在民事权利体系中的地位都有所把握。

所有权的本质是指所有权的根本属性。对于所有权的本质，历来有许多学说和观点，如先占说、劳动说、人性说和法定说等。从马克思主义的观点来说，所有权制度与社会所有制结构有着不可分割的联系。所有权的本质被认为是表现并保护一定社会形态下的所有制关系。那么，一定社会中的法律，正是通过对所有权的规定，来体现和保护该社会的所有制状况。

民法以权利为本位，所有权是其中非常重要的内容。所有权是财产权的基石和核心，全部财产法都是围绕着所有权进行规定和展开的。从所有权与债权的关系来看，如果说债权的本质是信用，是一种可期待的利益，那么所有权则是建立这种信用的基础。财产的归属是交换的起点和归宿，交换则是特定范围内的财产在不同主体之间的流转。

从财产与人的关系来看，所有权具有重大的社会价值。因为财产不仅是维系生命的基本手段，还是自由的物质保障，是物化了的人格，法律正是通过所有权这一法律手段来保障人类自由的物质基础。

所有权在民法中获得了最系统和最直接的表现与保护，但所有权并不仅仅是一个民法问

题。实际上，所有权始终是一切法律部门所共同关注的焦点，各个法律部门分别从不同的角度，以不同的方式对其进行全方位的严密保护。“法律精神就是所有权”一语正表现了所有权在整个法律体系当中的重要地位与作用。

[参考资料]张俊浩主编：《民法学原理》（修订第三版上册），中国政法大学出版社，2000年版。



中南财经政法大学

2005 年硕士研究生入学考试试题 民商法学 A 卷

专业：民商法

考试科目：民法学

方向：民商法

434

注：所有试题答案均须写清试题序号并做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效。

一、名词比较解释（每题 5 分，共 20 分）

- 1、民法学与民法典
- 2、形成权与抗辩权
- 3、地役权与相邻关系
- 4、监护与亲权

二、问答题（每题 15 分，共 60 分）

- 1、试述民事法律行为的效力后果及其限制。
- 2、试述知识产权的本质特征。
- 3、试述我国农地承包权的性质与特征。
- 4、根据我国合同法规定，试述法定解除权。

三、论述题（每题 25 分，共 50 分）

- 1、论人身权与财产权的关系。
- 2、侵权行为法立法体例设想及其理由之我见。

四、案例分析（20 分）

甲公司与乙公司签订委托合同，由甲公司委托乙公司采购电脑 200 台，并预先支付购买电脑的费用 50 万元。乙公司考察发现丙公司有一批质优价廉的电脑，遂以自己的名义与丙公司签订了一份电脑购买合同，乙丙双方约定：乙公司从丙公司购进 200 台电脑，总价 120 万元，乙公司先行支付 30 万元定金；丙公司送货上门，将 200 台电脑全部运至乙公司仓库，货到验收后一周内乙公司付清全部款项。丙公司工作人员在发货时误发成 205 台。在运输途中，由于被一车追尾，15 台电脑遭到不同程度的损坏。乙公司在合同约定地点接受了 205 台电脑，当即对发生损坏的 15 台电脑提出了质量异议，并将全部电脑交付甲公司。由于电脑滞销，甲公司一直拒付货款，致乙公司无法向丙公司支付货款。交货两个星期后，乙公司向丙公司披露了是受甲公司委托代买电脑的情况。

问题：

- 1、丙公司在知道乙公司接受甲公司委托的情况下，能否要求甲公司支付货款？为什么？
- 2、乙公司与丙公司订立合同中的定金条款效力如何？为什么？
- 3、甲公司多收的 5 台电脑应如何处理？为什么？
- 4、如追尾的肇事车逃逸，15 台受损电脑的损失由谁承担？为什么？
- 5、如丙公司以乙公司为被告提起诉讼后，又认为要求甲公司支付货款更为有利，能否改为主张由甲公司履行合同义务？为什么？

中南财经政法大学
2006年硕士研究生入学考试试题 A卷

专业：民商法 考试科目：民法学
方向： 科目代码：422

注：所有试题答案均须写清试题序号做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效。

一、 名词比较与解释（每小题5分，共20分）

1. 请求权与支配权
2. 法律行为与事实行为
3. 物权与准物权
4. 信托与委托

二、 问答题（每小题15分，共60分）

1. 试述《民法通则》中的法人分类及其完善
2. 简述区分法律行为的成立与生效的意义
3. 简述无意思联络的共同侵权行为及其责任承担
4. 简述知识产权的权利穷竭原则

三、 论述题（每题25分，共50分）

1. 物权法定原则之我见
2. 无名合同的有名化及合同法分则体系之构建

四、 案例分析（20分）

张某有私车一辆，价值25万元，因无钱偿还李某的20万元债务，与李某协商将车抵债，李某同意，双方签订了一份以车抵债的协议，并约定一个月内办理完车辆过户手续，李某当天将车开走。在还未办理车辆过户手续时，李某因车速过快，将田某撞成重伤，李某弃车而走。田某治愈出院后，找到张某要求赔偿医疗费及伤残补偿费共计30万元，张某以车辆已抵给李某为由拒赔。问：

1. 以车抵债协议是否有效，为什么？
2. 车辆是否完成交付，所有权是否发生转移，为什么？
3. 张某是否应当赔偿田某的损失，为什么？
4. 在本案中，李某应当承担什么责任，为什么？

中南财经政法大学

2007 年招收攻读硕士研究生入学考试试题 A 卷

专业：民商法学 科目名称：民法学

方向：所有方向 科目代码：831

注：所有试题答案均须写清试题序号做在答题纸上，凡在试题纸上答题，
答案一律无效。

一、名词比较与解释（每小题 8 分，共 32 分）

1. 自然人的行为能力与意思能力
2. 处分行为与负担行为
3. 合同的解除与附解除条件的合同
4. 遗赠与遗赠扶养协议

二、简答题（每小题 12 分，共 48 分）

1. 简述超越目的范围的法人行为的效力
2. 简述我国担保物权的类型及发展趋势
3. 简述买卖合同中的瑕疵担保责任
4. 简述侵权民事责任的抗辩事由

三、论述题（每小题 20 分，共 40 分）

1. 《中华人民共和国物权法草案》数稿均有如下条文的设计：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物；不能返还原物或者返还原物后仍有损失的，可以请求损害赔偿。”试析其中权利保护方法的性质，并阐述其适用要件、效力方面的区别。
2. 试论人格权的发展状况及其在我国民法典中的地位

四、案例分析（30 分）

2001 年 1 月 1 日，某市饮食服务公司将其所有的一栋两层楼房的一楼和二楼分别出租给张三和李四，并与其签订《房屋租赁合同》，租期五年。2003 年，该公司进行改制，成立新的天和贸易公司，已出租的房屋划归天和公司所有。同年，天和公司因资金困难，决定以公开竞价

方式出售前述出租的房屋，并在当地媒体上发布出售房屋的公告。赵甲看到售房公告后，到大和公司登记参与竞价，以 378 万元的价格购得该房，并在房产管理部门办理了产权过户登记手续。赵甲取得房屋产权证后，要求张三、李四搬离房屋居住。赵甲诉诸法院，张三以租期未届满为由进行抗辩，要求驳回赵甲的诉讼；李四则以优先购买权受到侵害为由进行抗辩，要求人民法院确认大和公司与赵甲所签房屋买卖合同无效，并支持其优先购买权，判令其以同等价格购买该房。

相关法条：

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）（1988 年颁布实施）第 118 条：出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的，承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖合同无效。

《中华人民共和国合同法》（1999 年 10 月 1 日开始实施）第 230 条：出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。

问：

1. 张三的抗辩理由是否成立，为什么？
2. 李四的抗辩理由是否成立，为什么？
3. 本案如何处理？

中南财经政法大学

2008 年招收攻读硕士研究生入学考试试题 A 卷

专业：民商法学
方向：

科目：民法学
科目代码：819

注：所有试题答案均须写清试题序号填在答题纸上。凡在试题纸上答题，答案一律无效。

一、名词解释与比较（每小题 8 分，共 32 分）

1. 无权代理与表见代理
2. 同时履行抗辩与后履行抗辩
3. 身体权与健康权
4. 权利质权与动产质权

二、简答题（每小题 12 分，共 48 分）

1. 简述侵权责任赔偿制度在我国建立的意义与适用
2. 简述《劳动合同法》与《合同法》的关系
3. 简述我国《物权法》规定的法人所有权制度
4. 简述意思表示的解释

三、论述题（每小题 20 分，共 40 分）

1. 我国《合同法》第 39 条第一款规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”
试评述该款的立法理由及基本内涵。
2. 试论胎儿利益的法律保护

四、案例分析（30 分）

2006 年 9 月 29 日上午 9 时许，车主郭某雇请本村杨某驾驶其所有的农用四轮拖拉机去给邻居张某拉石头盖房，杨某顺便给李某捎了一口棺材。车走到半路，突然下起了倾盆大雨。原先坐在车里的 5 个农民全都挤到了驾驶室里。这时，路边一青年小伙子王某拦车搭乘。杨某让他上了拖车，并告诉他拖车上的棺材是口空棺材。雨越下越大，青年人被雨淋得受不了，索性掀起棺材盖钻进棺材里躲雨。

走了几里路后，又路遇村妇兰某拦车，杨某见她也被浇成了落汤鸡，于是就

让她也上了后面的拖车。因为司机知道拖车上还有个青年人，再加上雨下的太大顾不上多说话，所以就向兰某说明拖车上的棺材里没装死人。上车后，兰某见拖车上放着口棺材，虽然有点胆怯，但也顾不上别的便爬上了拖车。走了一阵子，睡在棺材旁边的王某想看看雨是否停了，于是，将棺材盖推开伸出头来。此时，兰某见棺材里突然站出一个大活人来，以为是见鬼了，便大喊一声“有鬼”！接着就往正飞驰的车下跳去，结果被摔伤，经抢救无效死亡。后死者家属把拖拉机车主郑某、司机杨某、被帮忙拉货的张某、棺材主李某和男青年王某同时告上了法庭。

试回答下列问题，并说明理由：

1. 本案是否应适用道路交通安全法？
2. 本案五被告是否成立共同侵权？
3. 五被告是否都要对兰某的死亡承担侵权责任？如何承担责任？
4. 承担侵权责任的形式有哪些？
5. 兰某擅自跳车的行为是否可以成为被告要求减免部分或全部责任的抗辩理由？

中南财经政法大学

2009 年招收攻读硕士学位研究生入学考试试题 A 卷

专业名称：民商法

科目名称：民法学

方向名称：

科目代码：812

注：所有试题答案均须写清试题序号做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效。

一、概念辨析（每小题 8 分，共 32 分）

- 1、普通合伙与有限合伙
- 2、现实交付与简易交付
- 3、债的混同与债的抵销
- 4、法定继承与遗嘱继承

二、简答题（每小题 16 分，共 48 分）

- 1、简要回答我国物权法规定的用益物权制度及主要内容
- 2、简述死者人格利益的法律保护
- 3、简述我国民法通则中规定的民事责任立法模式

三、论述题（35 分）

民法调整方法之我见

四、案例分析（35 分）

案情：2007 年 9 月，赵某与钱某签订购房合同，钱某以 18 万元购得赵某坐落在某城镇的房屋一幢，双方办理了产权过户登记，钱某当即支付购房款 10 万元，并约定余款在年底内一次付清。2007 年 10 月，钱某将该房屋以 20 万元卖给孙某，但未办理房屋产权过户登记。2007 年 10 月底，钱某又将房屋以 22 万元卖给李某，并即办理了房屋产权过户登记。同时，钱某与李某签订抵押合同，李某以价值 30 万元的私家小汽车作抵押，但未办理抵押登记。

现查明，2008 年 2 月，李某在债务履行期限届满后未向钱某履行 20 万元房款债务，钱某也未向李某主张。钱某应向赵某支付 8 万元的购房余款，也因李某未履行债务及生意亏损，而未支付。钱某有一笔可向周某主张的到期贷款 5 万元，钱某书面表示不再要求周某支付。另查明，李某曾于 2007 年 12 月将汽车卖给了不知情的吴某，并办理了产权过户登记。问：

- 1、钱某与孙某、李某的房屋买卖合同效力如何？为什么？
- 2、房屋所有权归谁？为什么？
- 3、孙某有权向钱某主张何种权利？为什么？
- 4、钱某以李某未履行债务，而拒绝向赵某承担违约责任的主张，法院应否支持？为什么？
- 5、赵某 8 万元余款债权如何救济？为什么？
- 6、钱某与李某抵押合同效力如何？钱某能否行使抵押权？为什么？

中南财经政法大学

2010年招收攻读硕士学位研究生入学考试试题 A 卷

专业名称：民商法学

科目名称：民法学

方向名称：

科目代码：811

注：所有试题答案均须写清试题序号做在答题纸上，凡在试题纸上答题，答案一律无效。

一、名词比较与解释（每题8分，共32分）

- 1、无权处分与无权代理 2、代位继承与转继承 3、债权意思主义与债权形式主义 4、既得权与期待权

二、简答题（每题12分，共48分）

- 1、简述债权让与的条件及效力
- 2、简述意思表示的构成要素及其法律行为中的地位
- 3、简述物权的优先效力及具体表现
- 4、简述共同侵权行为的认定

三、论述题（35分）

论财产权中的物债二分法在民法中的地位和作用

四、案例分析（35分，每小题5分）

2006年6月1日，甲公司董事长以公司名义与乙公司签订房屋租赁合同。合同约定，甲将闲置的1号旧厂房出租给乙作为经营门面，租期六年。但未约定房屋维修义务的负担。乙租得房屋后，经甲同意对房屋进行了内部装修。2007年8月1日，当地发生特大暴雨，因房屋年久未维修而漏水，造成乙财产损失30万元。同年11月1日，乙经甲同意，在办理了合法建设手续后，将1号旧厂房扩建，但双方对扩建费用负担未达成一致。2008年6月1日，甲因生产需要，向丙银行借款200万元，约定同年12月1日还款。甲以扩建后的厂房作抵押，并办理了抵押登记。同时，丁公司作为保证人，约定丁承担保证责任直至甲向丙还清本息为止。还款期到后，甲未能还款。

法院查明，（1）甲股东会决议规定，厂房出租应经股东会特别决议；（2）经甲委托，拍卖公司拍卖租赁房屋，戊以100万元拍得房屋；（3）在拍卖前五日，甲通知了乙，但乙并未参加竞拍。问：

- 1、甲乙的房屋租赁合同效力如何，为什么？
- 2、因房屋漏水造成乙的损失如何承担，为什么？
- 3、扩建后的房屋归谁所有，扩建费用如何承担，为什么？
- 4、丁的保证责任期间应如何计算，为什么？
- 5、丙如何主张担保权利，为什么？
- 6、乙能否就房屋主张优先购买权，为什么？
- 7、设在房屋抵押前，因甲违约导致租赁合同解除，对于装修物应如何处理，为什么？