

法律硕士联考应试教程--民法学 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/115/2021_2022__E6_B3_95_E5_BE_8B_E7_A1_95_E5_c80_115880.htm

1. 掌握现行主要民事立法，熟悉相应的民事法律条文 前面已经提到，最近2年直接以法条形式出题较多，因此，必须掌握现行民事立法和司法解释的规定。民法中相近的制度很多，其区别点可能就是一点或两点，如质权和抵押权的本质区别就在于是否转移占有，如果签订的是质押合同，而没有转移占有，是否构成事实上的抵押呢？不能；如果签订的是抵押合同，抵押人却把抵押物交付给债权人占有，债务人到期不履行债务的，债权人就可以行使抵押权。民法中的诸多制度在法条中如何表述，就需要对照辅导书和法律条文进行学习。考试复习时，关于民法相关的现行法律法规必不可少。但是，民法条文和理论一定互相对照学习，纯粹看法条，一是不能理解，二是缺乏体系；光看理论，缺乏现行立法的支持，容易做出错误判断。有些时候，会发现法条与理论发生冲突，没关系，客观题考试一定根据现行法规定；主观题考试可以把不同的观点答出来。在复习时，所要细查的现行法主要有：《民法通则》、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）》、《合同法》、《担保法》、《继承法》、《婚姻法》、各项知识产权法。由于时间有限，最好还是多看较详细的辅导书。现行法条文固然重要，但绝不是法硕考试的全部。

2. 注意把握民事法律理论的体系 体系化学习是全面掌握民法理论的一个重要途径。所谓体系化，就是把民法的各项制度或权利整合为一个整体，通过

一条线索，把所有的知识点串联起来，发现各项制度之间的相互关系。民法的知识点固然庞杂，但只要按照一定体系去理解，学起来还是会有条不紊，提高效率。来源

：www.examda.com 民法调整的社会关系如此广杂，其思想理论体系如何构建，早在一百多年以前，德国学者就找到“法律关系”的概念，找到法律关系所包含的三要素，即主体、客体和内容，找到引起法律关系发生的民事法律事实。据此，建构起民法大厦的根基。进入民法大门之前，先从外观了解民法概念、民法调整对象和民法基本原则，这是民法基本的知识点。主要掌握民法不同于其他法律的特征、民法调整对象的特点和民法基本原则的内涵、功能及其内容。然后，进入民法内部，以民事法律关系理论叩开民法大厦的门砖，发现民法是通过民事法律关系实现其对社会关系的调整的。民事法律关系的构成必不可少的必须具备三个要素：民事法律关系的参加者，即主体；主体之间的连接点，即权利和义务；权利义务建立的基础，即客体。民法所调整的社会关系都可以通过这三个要素实现。由于民法定位私法，崇尚自由，因此，主体的意愿在民法中就显得尤为重要。考虑主体的意愿是权利的内在要求，因此，民法以权利作为出发点和落脚点。故名为“权利本位”。由此引发的民事法律关系，其本质是一种权利关系，所有的法律关系都可以通过权利关系表述出来。而民事法律关系又是如何发生、变更、消灭的呢？当然不是空穴来风，必须有民事法律事实作指引，这些事实更多的是由主体的行为产生的。从此，主体、权利、客体、行为就成为一个独立的民事法律关系中所不可或缺的材料。民法上的制度也是由这些材料构建起来。读者沿着这条思

路去体会民法，会发现民法就在身边，不遥远；民法很清晰，是杂而不乱。以下笔者围绕法律硕士考试的重点娓娓道之。

民事主体，是民事法律关系的参加者，不同于哲学上的主体。哪些可以成为主体，民法理论有争议。如一个人立遗嘱由他的宠物犬继承他的遗产，宠物犬是继承人或受遗赠人吗？争议归争议，但不可否认的是，民事主体并非是纯粹的有血有肉的自然人，还包括特定的组织，即被拟制为法人的组织以及非法人组织。这些主体凭什么成为民法上的主体、成为主体后干什么，为了解决这些问题，民法学者设计了民事权利能力和民事行为能力制度。凡是主体都应当具备的。但自然人和非自然人所具有的能力完全不同。作为自然人，取得民事主体资格只要具备出生的事实即可，胎儿不具有权利能力；有了权利能力，可以通过自己的意志取得具体财产权利和人身权利，并为自己设定义务的资格，即民事行为能力。当自然人生活圈子出现异常，杳无音信时，法律为了保护与该自然人发生民事法律关系的他人利益或者失踪人的利益，设计了宣告失踪和宣告死亡制度。法人作为独立的主体，其设立、成立、变更和消灭都由法律作主，事先规定条件，由着法人行为即可完成。法人既然是人为的，不同国家立法规定的法人类型也不同，如私法人、社团法人、公益法人、社会团体法人等。非法人组织是不具备法人资格，但具有相对独立性的实体，如合伙企业、法人分支机构、筹建中的法人、个人独立企业等。民事权利和民事义务构成民事法律关系的内容。在民法上，首先根据权利的内容是否与人身相关，划分财产权和人身权。财产权中有分为物权、债权、知识产权和继承权；人身权中分为人格权和身份权。沿着财产权

的脉络：物权以对自己的物享有的权利还是对他人的物享有的权利为基础，分为自物权和他物权。自物权只有一项，即所有权，又称完全物权。君子爱财，取之有道。所有权的取得必需符合法定的方式，即原始取得和继受取得。原始取得中的先占、添附、拾得遗失物、善意取得等方式都是重要的民法制度。由于实行“物权法定原则”，他物权的设定必须根据符合法律规定的种类和内容。我国民法根据他物权的设立目的不同，划分为用益物权和担保物权；传统用益物权包括地上权、地役权、典权、用益权，我国新型用益物权包括国有土地使用权、农村土地承包经营权，而采矿权、取水权、狩猎权等通说称为准物权。担保物权包括抵押权、质权和留置权。债权是对特定的人请求为特定行为的权利，其义务主体的特定性决定了债权不同于物权的本质特定。债权既然是一种请求，其发生主要通过当事人约定和法律规定的形成。当事人的约定构成合同之债；法律规定形成债的事实包括不当得利、无因管理和侵权行为。社会是由契约构成的，大量的合同关系要求法律必须对其加以单独规定，故我国颁布了《合同法》。合同法规定了15种有名的合同：买卖、赠与、能源供应、租赁、融资租赁、借款、承揽、建筑工程、运输、保管、仓储、委托、行纪、居间、技术等合同。它们之间的区别在于构成要件的差异。对于合同，其成立和生效至关重要，要约、承诺作为合同成立的步骤，格式条款制度的设立，其法律效力决定了通过建立合同之债约束“陌生”的交易双方。随之而来的是合同的履行、担保合同履行的方式（定金和保证）、合同的解除。知识产权的本质是财产权，包括著作权、专利权和商标权。三者的本质区别在于客

体和内容不同。三者 in 权利取得、保护期等方面差异明显。继承权是继承被继承人遗产的权利。其本质是获得财产，故也为财产权。主要内容有法定继承和遗嘱继承、代位继承和转继承、遗赠与遗赠扶养协议、遗嘱的形式及其效力。人格权包括物质性人格权和精神性人格权。前者有生命权、健康权和身体权；后者有姓名权、名称权、名誉权、荣誉权、隐私权、尊严权、信用权以及肖像权。身份权是因特定身份的存在而享有的与人身不可分的权利。因结婚形成夫妻身份产生的配偶权、因出生产生的父母身份形成的亲权以及亲属权，监护权等。来源：www.examda.com 上述权利都是为主体带来实际利益的，故为实体权利。为了更好地区分实体权利，使之类型化，根据其作用分为支配权、请求权、形成权和抗辩权。除了债权之外的其他权利皆为支配权；债权为请求权；对抗请求权的权利为抗辩权，如同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权、先诉抗辩权等；形成权是以自己的单方行为使民事法律关系发生变动的权利，如撤销权、追认权、立遗嘱权、解除权、抵消权等。民事客体通说认为有物、行为、智力成果和标志、人身利益和权利。物权的客体是物、债权的客体是行为、知识产权的客体是智力成果、人身权的客体是人身利益、权利质权的客体可以是权利。由此可见客体的意义。物有动产和不动产、种类物和特定物、原物和孳息。行为有作为和不作为。智力成果有作品、发明创造；标志有商标。人身利益有人格利益和身份利益。在细化的权利中，客体也将成为权利的重要区别点。如隐私权与名誉权的区别。民事法律事实包括事件和行为。事件不受人的意志控制的事实，如出生、死亡、不可抗力、自然报废、时间的

经过。其中，时间的经过在法律上产生的效力，即时效制度具有独立价值，包括取得时效、除斥期间。行为是受人的意志支配的事实，包括表示行为和事实行为。表示行为也称民事行为、表意行为。民事行为根据其所效力状况，分为有效民事行为（民事法律行为）、无效民事行为、可变更可撤销民事行为和效力待定民事行为。有效民事行为所具备的条件包括主体合格、意思表示真实、内容不违背法律和社会公共利益、形式合法。关于民事法律行为中，有两项重要的行为：即附条件的民事法律行为和代理。代理是社会大量发生的民事法律行为，委托代理、指定代理和法定代理是其主要类型。滥用代理权、无权代理和表见代理构建了我国的代理制度。事实行为包括无因管理、创作作品、拾得遗失物、侵权行为等。这些行为又是债产生的根据，不过。两者的角度不同。民事权利需要获得保护，不履行民事义务的行为又需要加以制裁，故民事责任制度独立出来，它由侵权责任和违约责任构成，具体包括归责原则、构成要件、免责事由、责任方式。两种责任可以通过四个方面进行比较。在侵权民事责任中，特殊侵权行为的民事责任占有很大比重。综上所述，民法体系是由民事法律关系这根线穿起来。它既是民法体系建立的基础，也是分析复杂的社会关系的民法思维工具。在《法律硕士考试大纲》中，前两章属于基本理论知识，接着是民事主体包括自然人和法人（非法人组织放在法人章），民事客体没有单独成章。民事法律行为、代理和诉讼时效是社会生活中最常见的民事法律事实，故单独设置三章。在民法学体系中，一般来说，民事主体、民事法律事实具有普遍适用性，故称为民法总论的内容；再接着就是具体权利和民

事责任，包括物权、所有权、他物权、共有、相邻关系、债权、合同、人身权、知识产权、婚姻家庭与继承和民事责任，这些内容构成民法分论。民法总论和分论构成民法的整体结构。

3. 处理好原则性与灵活性的关系

民法为私法，其法律规范的制定往往要尊重权利人的意思。因此，民法的调整原则中，意思自治是核心。如何体现意思自治原则，在具体民事法律规范中主要表现为任意性规范。经典的说法是：法律没有禁止的，都是允许的。在具体适用过程中，只要不违反法律禁止性或强制性规定，以及公序良俗的要求，主体都可自由为之。因此，民法很多规范都是先规定基本原则，然后，在通过除外条款效力，来体现当事人的意志。关于主体、诉讼时效的规定都是强制性的，关于民事法律行为、合同等的规定体现意思自治要素。以下简要列举，对比分析。

《民法通则》第11条规定，18周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动。当事人不能约定，18周岁是限制行为能力人，其行为要经过法定代理人追认。该约定无效。

《民法通则》第135条规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，法律另有规定的除外。此处仅指法律规定除外，而不是另有约定的除外。任何人关于诉讼时效的约定都是无效的。只有在诉讼时效届满后，当事人可以抛弃时效利益，即第138条规定，超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。

《民法通则》第62条规定，民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。第63条：公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。

《合同法》第133条规定，标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事

人另有约定的除外。《担保法》第84条：因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有权留置。当事人可以在合同约定不得留置的物。这表明，当事人另有约定可以排除“标的物自交付时起移转”的原则性规定。考生在复习时，需要注意各个法条的表述，注意其中所体现的原则性与灵活性，切忌用僵硬的公式化的思维方法来解释民事法律条文和现实社会中的民事现象，也不要过分夸大民事法律规范的原则性，将其绝对化。同样，处理好民法的原则性与灵活性的关系也表现在既要准确把握民事法律条文规定的法律标准和民法理论的观点，又能够在解答具体问题时灵活地运用有关的民法理论，将其融会贯通，达到举一反三的效果。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com