

990

D913.04
571

民事法律制度比较研究

主 编	靳宝兰	徐武生
副主编	徐海燕	
撰稿人	靳宝兰	徐武生
	徐海燕	吴道霞
	陈静娴	魏小莉
	黄贺红	刘 文

中国人民公安大学出版社
·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

民事法律制度比较研究/靳宝兰主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2001.11
ISBN 7-81059-806-6

I. 民... II. 靳... III. 民法一对比研究—世界 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 071978 号

民事法律制度比较研究

MINSHI FALU ZHIDU BIJIAO YANJIU

主编 靳宝兰 徐武生

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
经 销: 新华书店
印 刷 厂: 河北抚宁县印刷厂

版 次: 2001 年 11 月第 1 版
印 次: 2001 年 11 月第 1 次
印 张: 49.5
开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16
字 数: 1267 千字
印 数: 0001 册—1000 册

ISBN 7-81059-806-6/D·672

定 价: 98.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83905728

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

前 言

自罗马法以来，民法已有两千年的历史，以民法为研究对象的法学部门——民法学，同样源远流长。在各国的法律及法学体系中，民事法律制度及民法学理论立法详尽、内容丰富、理论根深、著作浩瀚。

开展民事法律制度及其民法文化的比较研究，能够帮助我们了解世界上不同的法律制度和法律文化，有助于我国民事法制的建立和完善。民法是商品经济社会的基本法，中国社会主义市场经济的发展，在很大程度上有赖于民事法制的完善。在保持中国社会主义特色的前提下，尽快实现与国际先进立法、通行惯例和普遍实践的靠拢或接轨，对国际社会（发达国家和地区）调整市场经济立法（主要是民事立法）中的先进法律规则和立法技术的大胆借鉴和移植，早已成为人们的共识。有比较才有鉴别，才能择其优者而采之。因此，开展民事法律制度及其理论文化的比较研究，一是成为事关新时期我国民事立法的完善和社会主义市场经济建设健康发展的一项基础性和开创性工作。二是为我国民事司法实践所急需，有助于提高司法机关及其工作人员的民事司法水平。我国当前正在开展司法审判体制的改革，实行大民事审判的格局，对合议庭及其审判人员的业务水平要求更高，这就需要具有扎实的民法功底和理论水平，也要求最高司法机关能够结合我国的司法实践，适时对立法作出科学的司法解释。比较研究各国民事法律制度及其民法文化，无疑具有积极的意义。三是能为国际统一司法运动的发展提供条件。在建立国际民法新秩序已成为各国共同愿望和历史潮流的今天，比较不同法律体系的法律规则，揭示各个法律体系中的一般法律原则，寻求法律规则的协调，有助于实现不同国家和地区法律的一致或统一。因为各国民法在基本特征和原则方面具有极大的共性，有更多的“共同语言”。四是有助于推动我国法律教育和法学研究在深度和广度上进一步发展。民事法律制度及其文化的比较研究，可以引导法学研究人员进入本国民法以外的广阔领域，这些领域的知识和成果无疑将有助于他们深化对本国法律的了解和研究，从而为本国法制建设提供更科学、更可靠的理论指导；还可以使学生和研究人员了解其他国家的独特民法理论和研究方法，从而完善知识结构，提高研究水平。实际上，自第二次世界大战结束以来，在西方国家的法律教育中，比较法学也日益占有重要地位，在法国、瑞士等国的一些大学，还专门开设了关于私法的比较研究课程或比较私法研究班。国外法学界对民法的比较研究也极为重视，并已取得了丰硕成果。近年来，随着改革开放和法制建设与法学研究的发展，在我国的一些法律院系和科研单位也设立了比较法律研究机构，取得了相应的研究成果。他们的努力和贡献，为我国比较法学暨比较民法的发展打下了良好的基础，也必将推动我国法律教育和法学研究向国际先进水平发展。

民事法律制度比较研究的对象是世界不同国家或地区包括我国的民法及其相关的理论学说。具体说来，一是指民法典，即形式意义上的民法，以法国式（罗马《法学阶梯》）和德

国式（罗马《学说汇纂》式）为经典模式；二是指在大陆法系国家和“社会主义法系”国家法律体系中，调整社会平等主体之间财产关系和人身关系的实体部门法（法律规范体系），即广义的民法，又称实质意义上的民法。此外，也包括英美法系中的有关亚部门法，如合伙法、财产法、合同法、侵权行为法、继承法等等。因为尽管在英美法系国家中不存在大陆法系国家所特有的民法传统，但这并不妨碍我们对两大法系的各个实在法体系的各部门法及其具体法律规则进行比较。

民事法律制度比较研究的理论结构体系，应当是以上述两大法系的民事立法和民法理论体系为蓝本的。据此，本书的理论结构体系分为这样几个部分：一是比较民法总论。主要研究民法的概念和地位、民法的渊源和立法模式、民法的基本理念和原则以及民法的基本范畴。二是比较物权法。主要内容包括：对物权法一般问题的比较研究，如物权的概念和效力、物权的立法原则、物权的客体、物权的法定形态、物权的变动、物权的民法保护等；对各种物权形态的比较研究，包括所有权、地上权、地役权、抵押权、留置权、质权等；对占有制度的比较研究，包括占有的概念和要件、占有的取得、占有效力、占有的保护等。三是比较债法。主要包括债法的一般问题，如债的概念和分类、债的发生根据、债的发生、变更和消灭、债的履行以及债的保全和担保等。四是比较合同法。研究合同的概念和种类、合同的订立和履行、合同的变更、合同的解除及违反合同的法律救济等。五是比较亲属法。主要包括：婚姻家庭法，即研究结婚和离婚及家庭关系的若干基本法律问题；亲子法，即研究亲属的概念和种类、亲属和亲等以及亲权、收养、监护等。六是比较继承法。七是比较侵权法。主要包括侵权法的基本范畴、侵权行为的构成要件、类型及归责原则等等。

民事法律制度比较研究的方法是全方位、多层面的。既包括一般比较（将几个法律体系加以对比），也包括部门法律比较（对各个实在法体系的各部门法进行比较）；既包括对内比较（对同样社会性质的法律进行比较），也包括对外比较（对不同社会制度的各种法律的对比较）；既包括横向的比较（对同一时期的两种或两种以上的法律制度及其理论学说进行比较），也包括纵向的比较（不同时期的法律制度及其理论学说的比较），也就是历史的比较方法。此外，还包括双边比较与多边比较、内容比较与形式比较、描述性比较与分析性比较等多种方法。本书在具体比较研究中，对于上述方法多有运用。需要强调指出的是，历史唯物主义是社会科学研究的基本方法，也是民事法律制度比较研究的基本方法。无论对民事法律制度进行哪一层面的比较分析，都必须结合特定国家、地区和特定时代的经济条件和历史背景，进行实事求是的研究。

本书具体的写作分工如下：

靳宝兰：第一编第一章；徐武生：第二编第四、五、六、七章；徐海燕：第一编第四、五章，第七编第二章；吴道霞：第一编第二、三、六章，第二编第一、二、三章，第三编；陈静娴：第四编；魏小莉：第五编；黄贺红：第六编；刘文：第七编第一章。

由于水平所限等原因，本书难免存在疏漏与不当之处，敬请读者批评指正。

目 录

第一编 民法总论

第一章 民法概述	(3)
第一节 民法的概念与特点	(3)
第二节 民法的调整对象	(9)
第三节 民法的渊源	(11)
第四节 民法的基本原则	(14)
第五节 部分国家民法概述	(20)
第二章 民事主体	(33)
第一节 民事主体概说	(33)
第二节 自然人	(34)
第三节 法人	(48)
第四节 非法人组织	(59)
第五节 简评及立法建议	(61)
第三章 民事客体	(62)
第一节 民事客体概述	(62)
第二节 物的分类	(64)
第四章 法律行为	(66)
第一节 民事法律行为	(66)
第二节 意思表示	(71)
第三节 民事法律行为的要件	(74)
第五章 代 理	(79)
第一节 代理的理论基础	(79)
第二节 代理的概念	(83)
第三节 代理权	(85)
第四节 协议代理	(89)
第五节 追认代理	(93)
第六节 不容否认代理	(98)
第七节 法律自动构成的代理	(103)
第八节 被代理人身份不公开的代理和隐名代理	(106)
第九节 代理的的三方法律关系	(117)
第十节 代理关系的终止	(125)

第六章 时 效	(130)
第一节 时效概述.....	(130)
第二节 取得时效制度.....	(132)
第三节 消灭时效.....	(136)
第四节 立法建议.....	(141)

第二编 物权法

第一章 物权总论	(145)
第一节 物权的概述.....	(145)
第二节 物权的客体.....	(147)
第三节 物权的种类.....	(153)
第四节 物权的效力.....	(165)
第五节 物权的变动.....	(169)
第六节 简评及立法建议.....	(173)
第二章 所有权	(176)
第一节 民法学意义上的所有权.....	(176)
第二节 所有权的概念.....	(177)
第三节 所有权的取得和消灭.....	(180)
第四节 占有.....	(189)
第五节 建筑物区分所有权.....	(193)
第六节 共有.....	(198)
第七节 相邻关系.....	(201)
第八节 立法建议.....	(210)
第三章 用益物权	(215)
第一节 用益物权概说.....	(215)
第二节 用益物权的形态.....	(216)
第三节 地上权.....	(217)
第四节 永佃权.....	(222)
第五节 地役权.....	(225)
第六节 用益权.....	(230)
第七节 典权.....	(232)
第八节 立法建议.....	(236)
第四章 担保物权一般原理	(237)
第一节 担保物权的概念、特征.....	(237)
第二节 担保物权的分类.....	(240)
第三节 担保物权制度历史沿革及立法例.....	(243)
第四节 担保物权的竞合.....	(255)
第五章 抵押权	(258)

第一节	抵押权概述	(258)
第二节	抵押权的取得	(266)
第三节	抵押权的效力(一)	(284)
第四节	抵押权的效力(二)	(293)
第五节	抵押权的实现	(313)
第六节	抵押权的消灭	(324)
第七节	特别抵押权	(330)
第六章	质权	(355)
第一节	质权概述	(355)
第二节	动产质权	(360)
第三节	权利质权	(378)
第七章	留置权	(394)
第一节	留置权概述	(394)
第二节	留置权的成立	(400)
第三节	留置权的效力	(409)
第四节	留置权的实现	(414)
第五节	留置权的消灭	(417)
第六节	特别留置权	(420)

第三编 债权法总论

第一章	债与债权法	(425)
第一节	债的概念和法律特征	(425)
第二节	债权法的概念、法律特征和地位	(434)
第三节	简评及立法建议	(441)
第二章	债的分类	(442)
第一节	概述	(442)
第二节	根据发生根据对债进行的分类	(443)
第三节	根据主体对债进行的分类	(445)
第四节	根据标的对债进行的分类	(455)
第五节	简评及立法建议	(461)
第三章	债的发生根据	(463)
第一节	债的发生根据概说	(463)
第二节	契约	(465)
第三节	侵权行为	(466)
第四节	不当得利	(470)
第五节	无因管理	(475)
第六节	简评及立法建议	(479)
第四章	债的履行	(481)

第一节 概说	(481)
第二节 债的履行原则	(482)
第三节 简评及立法建议	(487)
第五章 债的保全和担保	(488)
第一节 债的保全	(488)
第二节 简评及立法建议	(492)
第三节 债的担保	(493)
第四节 简评及立法建议	(498)
第六章 债的效力	(500)
第一节 概说	(500)
第二节 债的对内效力	(501)
第三节 简评及立法建议	(505)
第七章 债的变更和终止	(507)
第一节 债的变更概述	(507)
第二节 债的转移	(507)
第三节 债的内容的变更	(511)
第四节 债的终止	(512)

第四编 合同法

第一章 合同概述	(519)
第一节 合同的概念	(519)
第二节 合同的分类	(523)
第二章 合同的订立	(531)
第一节 要约	(531)
第二节 承诺	(535)
第三节 合同的内容和形式	(540)
第三章 合同的效力	(543)
第一节 合同效力概述	(543)
第二节 合同的生效要件	(544)
第三节 违反生效要件合同的处理	(549)
第四章 合同的解释	(555)
第一节 合同解释概述	(555)
第二节 合同解释理论的历史发展	(558)
第三节 合同解释的原则	(560)
第五章 合同的履行	(566)
第一节 合同履行概述	(566)
第二节 合同履行的具体规则	(568)
第六章 违约责任	(580)

第一节 违约责任概述·····	(580)
第二节 违约责任的归责原则·····	(583)
第三节 违约责任的构成要件·····	(586)
第四节 违约责任的形式·····	(592)

第五编 亲属法

第一章 亲属法概述 ·····	(601)
第一节 亲属法的概念及其在不同法律体系中的地位·····	(601)
第二节 亲属关系·····	(604)
第二章 婚姻制度 ·····	(608)
第一节 结婚·····	(608)
第二节 离婚·····	(622)
第三节 分居·····	(642)
第三章 家庭关系 ·····	(647)
第一节 夫妻关系·····	(647)
第二节 亲子关系·····	(650)
第三节 收养·····	(662)
第四章 监 护 ·····	(674)
第一节 概述·····	(674)
第二节 监护的设定·····	(675)
第三节 监护事务及监护责任·····	(677)
第四节 监护的终止·····	(679)

第六编 继承法

第一章 继承制度概述 ·····	(683)
第一节 继承与继承权·····	(683)
第二节 继承开始·····	(684)
第三节 继承权接受、放弃、丧失与保护·····	(686)
第四节 继承法的立法体例·····	(695)
第二章 法定继承 ·····	(697)
第一节 法定继承人的范围·····	(697)
第二节 法定的继承顺序·····	(700)
第三节 法定继承的应继份·····	(703)
第四节 代位继承和转继承·····	(708)
第三章 遗嘱继承 ·····	(712)
第一节 遗嘱能力·····	(712)
第二节 遗嘱有效的条件·····	(714)

第三节	遗嘱的形式	(717)
第四节	遗嘱见证人	(723)
第五节	遗嘱的变更、撤销	(724)
第六节	遗嘱执行人	(726)
第七节	遗赠	(729)
第八节	遗赠抚养协议	(733)
第四章	遗产处理	(735)
第一节	遗产	(735)
第二节	遗产管理	(737)
第三节	遗产债务和负担	(739)
第四节	遗产分割及无人继承遗产的处理	(742)

第七编 侵权法

第一章	侵权法概述	(749)
第一节	侵权行为的概念	(749)
第二节	侵权行为与相关行为的比较	(751)
第三节	侵权责任	(753)
第四节	侵权责任的构成要件	(755)
第五节	一般侵权行为	(759)
第六节	特殊侵权行为	(761)
第二章	侵权行为归责原则	(767)
第一节	侵权行为归责原则比较体系	(767)
第二节	过错责任原则	(770)
第三节	无过错责任原则	(776)
第四节	公平责任原则	(779)

第一编 民法总论

第一章 民法概述

第一节 民法的概念与特点

一、民法的概念

(一) 民法的语源

“民法”一词最早源于古罗马的“市民法”。在罗马法中，市民法是相对于万民法而言的，罗马市民法与万民法是罗马早期法律的一种分类。市民法仅适用于罗马公民之间的关系，而万民法主要适用于调整罗马公民与外国人之间的关系。但是，后来随着罗马帝国的统一，经过裁判官长期法律适用的实践，市民法和万民法的区别逐渐消失，市民法和万民法融为一体。而后世学者仍然称市民法为“民法”的语源，“万民法”为国际法的语源。

在中国，民法学者认为“民法”一词早在古代典籍《尚书·孔传》中就已出现。也有学者认为我国“民法”一词源自日本。日本在明治维新时代制订民法时，由日本学者箕田麟祥翻译自法语，并用汉字第一次定名的“民法”。1927~1930年，国民党政府效仿德、日等国民法制定中国的民法典时，第一次使用“民法”一词。

(二) 民法的涵义

“民法”一词的涵义，纵观各国的民事立法，涵义甚多。

1. 广义民法和狭义民法

所谓广义民法，是指所有的调整民事关系的成文法和不成文法、民事普通法和民事特别法。也就是说，凡是调整平等主体之间财产关系、人身关系、婚姻家庭关系的法律，既包括民法总则、物权法、债权法、知识产权法、侵权行为法，也包括婚姻法、继承法以及公司法、保险法、海商法、票据法、破产法等等。

所谓狭义民法，是指调整平等主体间一定范围的财产关系和人身关系的法律，不包括婚姻法、继承法以及属于传统商法内容的法律和法规。

2. 形式意义上的民法和实质意义上的民法

所谓形式意义上的民法，是专指系统编纂的民事立法，即民法典。

所谓实质意义上的民法，是指所有调整财产关系和人身关系的民事法律规范的总称，包括民法典和其他民事法律及法规。目前在我国民法典还仅仅是开始着手制定，尚需相当一段时间才能完成。但是，建国以来我们制定和颁布了一系列的民事法律和法规，特别是1986年4月12日颁布了《民法通则》，其对民事活动中应当遵循的一些基本原则和共同规范作了规定。虽说《民法通则》本身不是一部民法典，但是，它既具有民法总则的性质，又具有民法纲要的性质，目前起着准法典的作用。

(三) 民法的定义

各国的民法典对于民法的概念没有一个统一的定义。私有制的一些国家一般从私法的角度给民法下定义。如1811年的《奥地利民法典》第1条规定：“民法为规定人民私的权利义务之法典”；1917年《巴西民法典》第1条规定：“本法典为规定私的权利义务，即人、物及其关系之法典”。此外，某些民法学家亦都从私法的角度，为民法的概念作出不同的解释，诸如“民法者，规律私人生活关系之私法法规也”、“民法系私法之一部分，乃规律私人之间一般社会生活关系之根本法”，等等。总之，认为法律应分为公法和私法，而民法就是私法。

公有制国家的民法典，多数则从另外一个角度，即从民法的调整对象和任务角度给民法下定义。如1964年修改后的《苏俄民法典》第1条规定：“民法典调整财产关系以及与财产关系有关的人身非财产关系。”我国《民法通则》对民法的定义，作了明确的立法解释，第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”

（四）比较民法

所谓的比较民法，是指对世界不同国家和地区的民事法律在理论和实践上进行比较研究的科学，也是比较法中的一个分支学科。具体说，它是对不同法系和诸国诸地区，或者对同一法系的诸国诸地区，或者对同一国家不同时期的民事法律、司法实践以及民事法律理论、学说进行系统的比较研究的一门法律学科。

深入理解比较民法的内涵，应当从以下几个方面去理解：首先，比较民法并非是一种法律或一个法律部门，而是运用比较的方法对民法，即民事法律制度进行研究，得出新的认识的法律学科。世界各国各地区都有自己的法律，要对法律进行研究，不能不运用一定的比较方法，这是不言而喻的。而且只有通过比较，才能区别异同，鉴别优劣，辨别是非，总结经验教训，进而找出规律，指导立法、司法实践，上升为新的理论。这种法律比较，具体运用到民事法律制度的研究中，将其系统化、体系化形成一种新观点、新理论，那么就不应该是单纯的研究方法问题了，而是形成了一门新的学科，它有其特定的研究对象、任务、范围和方法。其次，比较民法研究的范围不仅仅局限于一个国家或地区的民事法律，而是对不同法系的国家，地区或同一法系的国家、地区，包括同一国家的不同历史时期的民事法律、民法理论、民事司法实践以及民事法律意识等内容，进行比较研究的一门法律学科。其研究的对象，既可以是大陆法系（或称罗马法系、民法系），也可以是英美法系（或普通法系）的民事法律制度；同时也可以对不同社会制度或同一社会制度不同国家的民事法律制度作比较研究。第三，比较民法是一个独立的法律学科，它是运用比较的方法对民法学进行研究产生出来的一个新学科。它有自己的特定对象、范围和体系。它既不是国内法的一个部门法，也不是国际私法的组成部分。

二、民法的产生和发展

（一）民法的产生

民法和其他法律一样，既不是从来就有的，也不是万古永存的，而是特定社会的经济生活条件在法律上的反映，是统治阶级意志的体现。马克思在《哲学的贫困》一书中明确地指出：“民法不过是所有制发展的一定阶段，即生产发展的一定阶段的表现。”^①他所指的“一定阶段”，即指人类社会产生了阶级，商品生产到了一定阶段，统治阶级为了调整社会经济

^① 《马克思恩格斯全集》，第4卷，人民出版社1972年版，第87页。

关系，才制订了民法。

（二）民法的发展

民法创始于古代罗马。从公元前 1700 年算起到 17 世纪为止，经历了约三千多年的时间。据考证，在古巴比伦汉穆拉比法典中就有契约、债权、损害赔偿等民法内容的规定，这些立法内容是在对以前苏美尔·阿卡德时代各国法律进行比较，吸取其精华而集成的。雅典、巴比伦以至罗马等国的立法，尤其是关于民事法律方面的内容，都是在对前世有关国家的法律进行比较研究以后不断补充和完善的。公元前 6 世纪～3 世纪期间，罗马法的出现，《十二铜表法》第一部成文法的诞生，其吸收和发展了古代亚洲国家和希腊诸国法律的结晶，成为奴隶社会最发达、最完备的法律体系。正如马克思所说：它是“纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现，以致一切后来的法律都不能对它做任何实质性的修改”^①。它对公民和私法的划分理论，对西欧封建制和资本主义法律制度的发展，尤其对民法的发展与完善都具有重要的作用。

罗马法是随着奴隶制经济的发展，为调整简单商品经济关系，经过多次制定而成的。《查士丁尼法典》实际上是一部民法典。它对简单商品经济关系规定了一套较完整的法律制度，确立了民法典的体例，对后世民事立法产生了深远的影响。

由于罗马法为资本主义经济的巩固和发展提供了现成的法律形式，因此，1789 年法国资产阶级取得政权以后，就把罗马法作为制订民法的依据，从而形成了所谓的罗马法系或大陆法系。法国民法典是在法国大革命后，从 1800 年开始在拿破仑的亲自主持下，用了 4 年的时间制订的。这部法典从 1804 年 3 月颁布，经过多次的修订和补充，迄今仍在实施。

《法国民法典》（即《拿破仑法典》），直接承袭了罗马法《法学阶梯》的三分法体系，除总则外，分人编、财产编和取得财产的方法编。《法国民法典》是适应资本主义经济的发展，为调整资本主义商品经济关系而制订的，由其确立的“私有财产不可侵犯”、“当事人权利平等”和“契约自由”等基本原则，成为资产阶级民法的精神支柱。恩格斯曾指出：法国民法典是“典型的资产阶级的法典”^②，它对巩固法国资产阶级的统治和促进资本主义经济的发展，均起了主要作用，成为资产阶级国家制订民法典的蓝本。

19 世纪末资本主义向帝国主义阶段过渡。1896 年制定的《德国民法典》代表着垄断资本主义时期法学的发展。这部法典，1900 年颁布实施，前后用了 20 多年的时间，它是资产阶级编纂的规模最大的一部民法典。在体例结构上，承袭了《学说汇纂》，确立“五分法”，即总则、债务关系法、物权法、亲属法和继承法五编。除此之外，德国民法典较为注重民法原理的阐发，改变法国民法典的总则仅仅包括法律的公布、效力和适用的狭小内容，第一次确立了法人、法律行为和代理等法律制度，使“总则”成为民法典的“灵魂”。《法国民法典》不仅对大陆法系各国民法典的编纂起着示范作用，而且对英美法系国家的民事立法也有借鉴之处。

社会主义社会依然存在着商品生产和商品交换，特别是在社会主义市场经济的条件下，民法在法律体系中占有极其重要的地位。

《苏俄民法典》，是世界上第一部社会主义的民法典。《苏俄民法典》是在列宁亲自主持下制定的，它真正体现了广大工人阶级和劳动人民的意志，适应了社会主义经济建设的要求。其在体例和内容上都有突破和创新。在本质上根本不同于一切剥削阶级的民法典，而且

^① 《马克思恩格斯全集》，第 21 卷，人民出版社 1965 年版，第 454 页。

^② 《马克思恩格斯全集》，第 21 卷，人民出版社 1965 年版，第 347 页。

《苏俄民法典》亦为其他社会主义国家民法的制定，开创了先例，提供了楷模。

三、民法的特点与历史地位

（一）民法的特点

1. 民法是私法。就民法的本质属性而言，民法是私法，而不是公法。有关公法和私法的明确划分，最早始于罗马法。罗马法学家乌尔比安（170~228年）在其《学说汇纂》中提出的：公法是关于罗马国家的法律，私法是关于个人利益的法律。但是，罗马法关于公法和私法的划分，仅限于概念性的逻辑归类，而不具有实践的意义。

公法和私法从概念性划分到实践性划分，即二元性结构的法律制度的建立，是资产阶级通过革命来完成的。在漫长的中世纪，法律制度上公法和私法是合二为一的一元性结构。随着资本主义对中世纪封建主义的否定，随着资产阶级政权的建立和资产阶级立法的发展，19世纪以法、德为代表的大陆法系国家在法典编纂与法制改革的过程中，以控权为核心的现成公法制度逐步得以确定，从而公、私法的划分，在实践中得以广泛适用。现代虽然没有任何一个国家的法律明示规定“公法”或“私法”的具体概念界定标准，但是实践中公法和私法的区分，已经成为法律的基本原则和法律秩序的基础。

公法和私法的区分标准，学说上至今尚无定论。就其理论观点可归纳以下几类：即利益说、意思说、主体说，其中以主体说为通说。所谓“主体说”，其认为公法主体至少有一方为国家或国家授予公权者；而私法则完全不同，其主体的法律地位平等，也就是说，调整平等主体间法律关系的法律即为私法。具体的分类，公法为：刑法、行政法、诉讼法等等，而民商法则是私法。

民法作为私法的客观基础，不是私有制而是市民社会。按照马克思关于市民社会的理论，在生产力发展到一定阶段之后，整个社会会分裂为两个领域：市民社会与政治社会（国家），前者是特殊的私人物质利益关系的总和，后者则是普通的公共利益关系的总和。政治社会（国家）决定于市民社会，它们都是社会分裂为阶级的产物，在无阶级的原始社会和阶级消灭之后的共产主义社会均不存在。

在社会主义社会阶段，仍然存在着政治国家相对应的市民社会。由于市民社会与政治国家乃是性质迥异的现实社会体系，必然要求有与其性质相适应的不同法律部门予以调整，以建立各自的秩序，因此，私法与公法便应运而生并相互分离。由此可见，民法作为私法的客观基础并不必然与私有制相联系，无论资本主义国家还是社会主义国家，都会存在市民社会，因此必然都要求作为私法的客观基础的民法存在。

重申公法与私法的区分及民法的私法属性，必然要求大力促进市民社会与政治国家的真正分离，必然要求对于私人的物质生产和交换活动尽量摆脱政府的家长式的干预，从而“消灭市民社会的政治性质”^①，这对于发展社会主义市场经济具有重要意义。我国改革开放之前，长期实行的是计划经济体制，法律上根本不区分公法和私法，大量采用公法的手段来调整私法关系，国家行政权力渗透、介入到社会生活的各个环节，政治国家与市民社会合二为一，使企业成为政府的附属物。这种状况严重窒息了市场主体的物质生产和交换活动的积极性，违背了商品经济的客观规律，阻碍了社会生产力的蓬勃发展。改革开放以来，我国实现了由计划经济向市场经济过渡的根本性转变，社会生产力获得空前提高，这就迫切要求在法

^① 《论犹太人问题》，见《马克思恩格斯全集》，第1卷，第441页。

理上明确区分公法与私法，并且建立以民商法为主导地位的社会主义市场经济法律体系，以保障改革的成果和促进改革的深化发展。

民法的私法属性的法律意识应广泛为人们所知，真正在思想意识中克服、清除“恐私症”，从而树立私人利益正当、合法的正确观念，理直气壮地保护自身的合法权利。

2. 民法是人法。人是社会关系的主体，法是社会关系的调整器。因此，任何一门法律的出发点和最终着眼点都必然是人。然而，任何一门法律都不能像民法那样，将“本来的人、直接存在的人”（马克思语）确立为人，并以人的彻底解放为终极关怀。因此，从整体上看，民法是人法。

民法是人法的涵义，可从以下几个方面理解：

首先，民法上的人是普遍的、具有独立人格的人。从法制史的角度看，民法首先确立了法律人格制度。民法所确立的法律人格制度，与其他法律部门相比，具有自己的突出的特点：（1）没有哪个法律部门的主体制度能像民法主体制度那样广泛地赋予人们以人格。在现代民法上，只要是“有感觉的、有个性的、直接存在的人”就有资格。它不仅包括本国人、也包括外国人；不仅包括自然人，同时也包括法人。（2）没有哪个法律部门的主体制度能像民法主体制度那样给人以终极的关怀。很多法律部门可以剥夺人的某种主体资格，但是任何法律部门绝对不能剥夺一个人的民事主体资格，否则就等于剥夺了人的生活 and 生存资格。民法的主体制度关系到人的存亡，放弃、剥夺人的民事主体资格，就是放弃和剥夺做人的资格，就是使人不成其为人。

民法平等而完全地赋予每个人以法律人格，一方面奠定了“人之为人”的规格，另一方面又必然因此而衍生争得“人之为人”的规格的实现方式。民法主体就其本质而言就是自己主宰自己的意志，选择自己的行为，谋求自己的利益，承担自己的责任。因此，作为民事主体的人，又都是具有独立人格的人，“成为一个人并尊敬他人的人”，这是民法的最高命令。

其次，民法上的人是“理性的人”。民事主体参加民事活动，进行法律行为，其效力的前提条件是行为人必须具有完全行为能力；或者经过其法定代理人的同意；或法定代理人代为行使。因为民事主体要对自己的行为负责，必须能够判断自己利益多少，了解认识应承担的责任和交易风险。因而民法对于民事活动的实体内容一般不加干涉，而由当事人的自主的意思决定，“意思自治”由此成为民法的灵魂。

第三，民法上的人是“经济人”。民事主体作为普遍的、具有独立人格的人，其民事活动的主要内容是理性地追求自己最大限度的经济利益。因此，民法上的人又是一个“经济人”，这是作为“市民”的人在法律上的表现，区别于国家政治生活中的“公民”。

民事主体作为“经济人”，是以市场规律的要求作为其行为规则的参照系。民法各项规定在通常情况下，不要求民事主体遵循过高的道德标准，以免民法规范混同于道德规范。道德规范可以对行为人的行为提出较高的要求，而法律规范只能是确认人们必须遵守的最起码的公德。社会的道德原则要求人们应该为善，而法律的要求则是不得为恶。一个以利他目的为己任的人，已经完全脱离法律的境界而进入崇高的道德境界，民法对其来说就是多余的。

正因为民法上的人是“经济人”，民法才设立了一系列的制度和规划来规范制约当事人的行为，不允许任何一方为当事人追求利益最大化的行为以剥夺他方的利益为代价，而保证各方当事人都能公平地从交换中获利。另一方面，只要民事主体遵守法定规则，民法即保证其充分的行为自由，不允许他人和国家直接干预，从而为民事主体最大限度地追求和实现其利益创造了良好的法律环境。