



21世纪法学系列教材

民商法系列

民法学

申卫星 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪法学系列教材

民商法系列

民法学

申卫星 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法学/申卫星著. —北京:北京大学出版社,2013.9
(21世纪法学系列教材)

ISBN 978-7-301-23188-3

I. ①民… II. ①申… III. ①民法-法的理论-中国-高等学校-教材
IV. ①D923.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第215584号

书 名: 民法学

著作责任者: 申卫星 著

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978-7-301-23188-3/D·3416

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 38印张 724千字

2013年9月第1版 2013年9月第1次印刷

定 价: 56.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

序言

——学习法律始于概念

王泽鉴教授在其著作《法律思维与民法实例》中提到,作为法律人(Jurist)应具备的三种能力:法律智识能力、法律思维能力和争议解决能力。我在任何一种类型法学课程之始,都会援引王老师这三种能力来开启我的授课。之所以如此,与我个人20年来的教学体验有关。

本人自1992年从事法学教育以来,曾先后在吉林大学、北京大学和清华大学系统地讲授过民法总论、物权法、债权法和侵权责任法等课程,在教学过程发现学生对于基本概念的学习不以为然,认为背诵概念体现不出优秀学生的智力。

回想自己初学法律时,熟悉的人都会对我说,学习法律,一要嘴皮子好,二要记忆力好。嘴皮子好,可能是受大专辩论赛和英美电视剧的影响,以为学习法律,上了法庭就要有舌战群儒的气派;记忆力好,则是说学习法律要多背法条。我本人对这两种说法颇为反感,仿佛学习法律的人到处逞口舌之能,学习法律只需要记忆无需智力似的。于是,我偏偏不爱记法条,偏偏不爱背概念,最烦考试的名词解释。那时喜欢阅读《论法的精神》《社会契约论》这样一些抽象的东西。后来1994年跟随崔建远教授攻读民法学硕士,老师给我们讲授《民法解释学》,举例子信手提及很多条文,我则一脸茫然,惭愧得紧,印象深刻;再后来阅读郑玉波先生的著作提到了“经由法条而超越法条”一言,心有触动;及至1999年赴德国科隆大学学习时,看到上课时教授与学生集体翻BGB的壮观景象,颇为震撼!此时方知,未经法条何以成为法律人!由是幡然醒悟。

至于概念的重要性,大学毕业授课时方有体会。当时备课压力很大,简直就是“背课”。给学生讲解一个概念,总是想着统编教材怎样说的,背下来教给学生,讲得枯燥无味,学生也不愿意学。我就在想,这概念是哪里来的?谁说的算?

于是阅读哲学书籍,了解到概念乃是一种思维形式,是“反映对象本质属性的一种思维形式”。概念的产生,是“人们通过实践从概念所反映之对象的许多属性中,撇开非本质属性,抽出本质属性概括而成的”。所以,概念不可怕,概念并非天上掉下来的。要想掌握概念,必须充分了解概念所反映之对象的本质属性,某种意义上可以说,只要了解了概念所反映的对象,掌握了其本质内涵,任何人都可以自己下定义,任何人皆可成为概念的界定者。这一认识,使我的授课游刃有余。

王泽鉴教授曾形象地说,如果将学习法律比做“练功”,则法律概念,犹如练功的基本动作,必须按部就班,稳扎稳打,确实掌握。本人经过多年的教学体会深以为然。很多学生(不少是优秀学生),不屑于记诵基本概念,但是多年法学下来,甚至到了法学硕士和博士入学面试都会发现,一些基本的民法知识都不能精准地回答。或者即使把法律行为与事实行为、权利能力与行为能力的区别背得滚瓜烂熟,等到问到“一个六岁的孩子,画了一幅画,能否取得著作权”时,要么诉诸简单直观的正义,回答说孩子应该取得著作权,因为他的行为合法;要么回答说不能,因为六岁的孩子没有行为能力。显然,没有理解行为能力只是从事法律行为或者准法律行为的要求。

再比如,问到“马达之于汽车是否是重要成分?”很大一部分学生都会回答说是。马达之于汽车是很重要,但它不是重要成分。重要成分和非重要成分的区分不是看该组成部分在一物的构成中是否重要,而是看其与物是否可以分离,且不因分离而影响物的价值。学习概念时,不屑于记忆,回答问题望文生义,令人失望。当然,这与我们把 wesentlicher Bestandteil 翻译成为“重要成分”有关,本书认为,准确的翻译应为“本质成分”。个中差别,请读者诸君阅读本书相关部分,自我体会。

行文至此,再问读者,概念重要否,法条必要否?再一次引用王泽鉴老师的话:“法律诚非背诵之学,但经由理解而‘记忆’,确实把握基本概念则属必要,任何学科皆如此,殆无例外。”王伯琦先生亦有云:“不患其不能自由,唯恐其不知科学;不患其拘泥逻辑,唯恐其没有概念。”概念乃建构法学大厦之基石,读者诸君,每一个真正的法律人,均始自于法学的基本概念。

本书系基于以上理念而设计的一本民法学基本书,正文后附有术语索引,以便检索。寄望能给学生提供民法学的基本概念、基本范畴、基本制度和基本体系,务求学生切实掌握这些基本知识。唯其如此,方能达致王泽鉴先生所要求的法律人的第一层能力——法律智识能力,其后才能讨论法律思维能力和争议解决能力。正所谓“不行跬步,无以至千里”!

是为序。

申卫星

2013年5月6日

于清华大学明理楼

目 录

第一编 民法总论

第一章 民法本论	(1)
第一节 民法的含义	(1)
第二节 民法的调整对象	(4)
第三节 民法的性质	(6)
第四节 民法的体系	(8)
第五节 民法的邻居	(11)
第六节 民法的渊源	(14)
第七节 民法的适用范围	(16)
第八节 民法的解释	(19)
第九节 民法的作用:社会进步、人的发展与现代民法	(22)
第二章 民法的基本原则	(35)
第一节 民法基本原则的含义与功能	(35)
第二节 平等原则	(38)
第三节 私法自治原则	(39)
第四节 公平原则	(40)
第五节 诚实信用原则	(41)
第六节 公序良俗原则	(43)
第七节 禁止权利滥用原则	(44)
第三章 民事法律关系	(46)
第一节 民事法律关系的概念、特征与意义	(46)
第二节 民事法律关系的特性	(50)
第三节 民事法律关系的构成	(53)
第四节 民事权利、民事义务与民事责任	(56)
第五节 民事法律关系的变动	(63)
第六节 民事法律事实	(64)
第四章 民事法律关系主体:自然人	(66)
第一节 自然人的民事权利能力	(66)

第二节	自然人的民事行为能力	(70)
第三节	自然人的人身权	(72)
第四节	自然人监护制度	(77)
第五节	宣告失踪与宣告死亡	(81)
第六节	住所、户籍和居民身份证	(84)
第五章	民事法律关系主体:法人	(86)
第一节	法人制度概说	(86)
第二节	法人的成立	(89)
第三节	法人的民事能力	(91)
第四节	法人机关	(93)
第五节	法人的变更、终止与清算	(94)
第六章	民事法律关系主体:合伙	(97)
第一节	合伙的概念与种类	(97)
第二节	合伙的成立	(99)
第三节	合伙的法律地位	(100)
第四节	合伙能力与合伙债务的承担	(101)
第五节	入伙、退伙与合伙的终止	(103)
第七章	民事法律关系变动原因:民事法律行为	(105)
第一节	民事法律行为制度概说	(105)
第二节	民事法律行为的成立	(110)
第三节	民事法律行为的有效要件	(111)
第四节	民事法律行为的效力体系	(115)
第五节	民事法律行为的约款	(119)
第八章	民事法律关系变动原因:代理	(121)
第一节	代理制度概说	(121)
第二节	代理权及其行使	(126)
第三节	无权代理与表见代理	(130)
第四节	代理关系的消灭	(132)
第九章	民事法律关系的限制:时间	(134)
第一节	期限	(135)
第二节	诉讼时效	(136)
第三节	除斥期间	(144)
第四节	权利失效期	(146)

第二编 物 权

第十章 物权通论	(148)
第一节 物权的概念与本质	(148)
第二节 物权法的体系与意义	(160)
第三节 物权的种类	(180)
第四节 物权的客体	(193)
第五节 物权的效力	(203)
第六节 物权的变动	(221)
第十一章 所有权	(245)
第一节 所有权的含义	(245)
第二节 所有权的种类	(249)
第三节 共有	(254)
第四节 所有权的取得与消灭	(258)
第五节 建筑物区分所有权	(263)
第六节 相邻关系	(266)
第十二章 用益物权	(270)
第一节 用益物权概说	(270)
第二节 土地承包经营权	(275)
第三节 建设用地使用权	(285)
第四节 宅基地使用权	(295)
第五节 地役权	(298)
第六节 典权	(307)
第十三章 担保物权	(311)
第一节 担保物权概说	(311)
第二节 抵押权	(317)
第三节 质权	(334)
第四节 留置权	(353)
第十四章 占有	(363)
第一节 占有制度概说	(363)
第二节 占有的分类	(367)
第三节 占有的效力	(371)
第四节 占有的取得与消灭	(375)

第三编 债 权

第十五章 债权总论	(378)
第一节 债与债权	(378)
第二节 债的发生	(387)
第三节 债的分类	(389)
第四节 债的履行	(394)
第五节 债的保全	(405)
第六节 债的担保	(415)
第七节 债的移转	(429)
第八节 债的消灭	(440)
第十六章 合同之债	(452)
第一节 合同的概念与特征	(452)
第二节 合同的分类	(453)
第三节 合同的订立	(456)
第四节 合同的内容与形式	(470)
第五节 合同的履行	(477)
第六节 合同的变更与解除	(486)
第七节 违约责任	(491)
第八节 合同解释	(497)
第十七章 法定之债(一):不当得利之债	(500)
第一节 不当得利概说	(500)
第二节 不当得利的成立条件	(501)
第三节 不当得利的基本类型	(503)
第四节 不当得利之债的效力	(505)
第十八章 法定之债(二):无因管理之债	(508)
第一节 无因管理概说	(508)
第二节 无因管理的成立要件	(510)
第三节 无因管理之债的效力	(512)

第四编 侵权责任编

第十九章 侵权责任概论	(515)
第一节 侵权行为的概念、特征与类型	(515)

第二节 侵权责任的特征	(518)
第二十章 侵权责任的归责原则	(520)
第一节 侵权责任归责原则概说	(520)
第二节 过错责任原则	(521)
第三节 无过错责任原则	(523)
第四节 公平责任原则	(524)
第二十一章 一般侵权责任的构成	(526)
第一节 加害行为	(527)
第二节 损害事实	(528)
第三节 因果关系	(529)
第四节 过错	(531)
第二十二章 数人侵权	(535)
第一节 数人侵权行为概述	(535)
第二节 共同加害行为	(535)
第三节 共同危险行为	(538)
第四节 教唆、帮助侵权行为	(540)
第二十三章 各类侵权责任	(542)
第一节 国家机关及其工作人员的职务侵权责任	(542)
第二节 产品责任	(544)
第三节 高度危险责任	(546)
第四节 环境污染责任	(549)
第五节 地面施工致害责任	(550)
第六节 物件致人损害责任	(551)
第七节 饲养动物损害责任	(555)
第八节 监护人责任	(557)
第九节 医疗侵权责任	(559)
第十节 道路交通事故责任	(561)
第十一节 教育机构侵权责任	(564)
第十二节 网络侵权责任	(566)
第十三节 用人者责任	(569)
第二十四章 侵权民事责任	(575)
第一节 侵权民事责任的概念与特征	(575)
第二节 侵权责任方式及其适用	(576)
第三节 侵权损害赔偿	(580)
第四节 侵权责任的抗辩事由	(584)
术语索引	(589)

第一编 民法总论

第一章 民法本论

本章从考察民法的语源出发,着重论述民法的调整对象、民法的基本性质、以及民法与其他部门法的关系、民法的渊源与体系、民法的解释方法、民法的社会作用等基本理论,使学习者能对民法的私法品质有一个基本了解。

第一节 民法的含义

民法,是初接触法律和学习法律的学生经常遇到的一个词汇,同时又是一个具有丰富历史传统并蕴涵着丰富信息和内涵的词汇。可以说,民法是理解法律知识结构、原理和法律精神的开始。一个不懂民法、不懂民法精神、不能体味民法底蕴的人是很难透彻地理解法律精神的,也很难解决或者说只能被动地解决法律、法规以外的法律问题,而且也很难对法律现实、法律现象、法律权利有深刻而坚定的理解。可以说,学习民法,是接受法律教育,进行法律研究,对这个现实世界保持用一种权利的眼光去看待所应该具备的基本前提。

那么,什么是“民法”?“民法”一词从何而来?这就需要考察“民法”这个制度术语的语源,民法的形式含义和实质含义,以及民法与其他概念的区别。

一、民法之语源考

“民法”一词,在具有丰富内涵的中华词库中,其词根在古代社会就已出现。而且,在中国清末,有份奏折就曾经提到民法一词。清末民政部奏折中有云:“东西各国法律,有公法私法之分……中国律例,民刑不分,而民法之称,见于尚书孔传。”^①然而,尽管《尚书》提到了“民法”二字,但不能认为民法一词作为法律上的用语发源于我国。因为古代汉语中的“民法”一词,在内涵以及外延上都

^① 《尚书·孔传》:“洙单,臣民,主土地之官,作《明居民法》一篇,亡。”

不是指现在以私法为本质特征的民法。

“民法”一词乃舶来品,我国的“民法”词语来自日本,而日本的“民法”用语则来自荷兰语“burgerlyk Regt.”(市民法)一词^①。20世纪初,是中华民族内忧外患的时期。清政府为了挽救即将崩溃的政权作了各种努力和尝试,其中一项就是实行法制变革。沈家本等人曾聘请日本著名学者松冈义正等起草民法。松冈义正等人遂按照日本的法律体系为清政府制定民法,其中就引入了“民法”一词。但清政府对此略加变更,自创“民律”用语,于1911年8月制定《大清民律草案》。中华民国成立之后,1926年也制定了一部以民法称谓的法律草案。1929年,南京国民政府制定实施《中华民国民法·总则》,至此,中国近代开始使用“民法”词语,并沿袭至今。事实上,无论荷兰语的“burgerlyk Regt.”,还是德国的“bürgerliches Recht”以及法国的“droit civil”,都是表明市民法的意思,而这些都可以追溯到罗马法的有关制度用语上。

上述西方各国的“民法”这一法律术语,在字面上都可以翻译成“市民法”,它们的词根都可以在罗马法或罗马市民法(jus civile)中找到依据。但作为一个法律上的归属称谓,其真实的根源是罗马市民法中的私法。罗马市民法是适用于罗马市民的法律的总称。罗马法后期,市民法吸收万民法,并在《国法大全》中区分为公法(jus publicum)和私法(jus privatum)。罗马法中的私法体系非常发达,以至于后世西方国家用市民法一词来表述私法,故我们现在所说的市民法就是私法。^②

所以,现在汉语中使用的“民法”一词,其根源可以通过日本追溯到西方,最终追溯到罗马私法。可以说,中国是从罗马私法、西方民法中沿用了民法的概念。因此,通过对民法一词语源的考察,我们可以明确,民法的本质特征就是私法,中国民法与罗马私法在法律精神上一脉相连。

二、民法的概念

中国民法与罗马私法一脉相承。具体到民法的概念上,中国当代民法学一般把民法界定为:调整平等主体之间财产关系和人身关系的法律规范的总称。而这一概念,可以从以下不同角度理解:

① [日]穗积陈重:《法窗夜话》,河出书房,第107—108页。转引自叶孝信:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,第2页。

② [美]艾伦·沃森:《民法体系的演变及形成》,李静冰等译,中国政法大学出版社1999年版,第一章和第十章。

(一) 从含义上来看,民法可以分为实质意义民法和形式意义民法

1. 实质意义民法

西方传统民法学理中对民法或私法实质含义的理解,是建立在国家与个人对立的理论基础上的。罗马法把规定个人利益的法律称为私法。而西方各国都从这一意义上继承和发展了私法。所以,当在实质意义上使用“民法”时,民法学理都以直接规定私人利益作为其标准:即调整一切平等主体之间私人利益关系(包括财产关系、人身关系、知识产权关系)的一切法律规范都是民法,包括民法典、其他民事法律法规、判例法、习惯法,等等。

2. 形式意义民法

所谓形式意义民法,是指命名为民法典的制定法。所谓民法典,是按照一定的立法体例和技术,把各项民事法律规范有机编纂在一起,以法典形式体现的立法性文件,即民法典。

民法的系统化、法典化是大陆法系一个重要的特征,是西欧大陆国家尊崇理性主义和国家立法主义的立法结晶。目前,我国尚无形式意义的民法——民法典,只有一系列处于零星状态的民事法律法规。其中,《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)是我国目前的民事基本法。除此之外,近来中国民法典的制定,由三步走而两步走^①,再多步走,逐步制定的《中华人民共和国合同法》(1999年),《中华人民共和国物权法》(2007年),《中华人民共和国侵权责任法》(2009年),《中华人民共和国涉外民事法律关系适用法》(2010年),亦为中国民事基本法的重要组成部分。

(二) 从调整内容来看,民法可以分为广义民法和狭义民法

广义民法,是指所有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的总和。通说认为,民事特别法指的是传统商法,民事普通法指的是除商法以外的民法典、其他民法规范。民事特别法和民事普通法的总和即构成了广义民法的内容。而狭义民法,则是指除商法以外的其他民事法律法规。

三、民法与民法学

“民法”一词,有时指研究民法的学科,有时指一个部门法。而前者实指民法学。民法与民法学是两个性质不同的概念。民法是由国家制定和认可的、由

^① 2002年12月23日在第九届全国人大第31次会议上,在时任委员长李鹏同志的主持下,改变了三步走的民法典起草战略,舍去预定的《物权法》,直接进入到了民法典的起草,审议了《中华人民共和国民法(草案)》。该草案共计九编。第一编总则,第二编物权法,第三编合同法,第四编人格权法,第五编婚姻法,第六编收养法,第七编继承法,第八编侵权责任法,第九编涉外民事关系的法律适用法。其后,第十届全国人大考虑到中国民法典起草的复杂性,又在《中华人民共和国民法(草案)》(2002年)的基础上改为多步走的起草战略。迄今尚未完成的中国民法典的起草工作,为国人长久企盼。

国家强制力保证实施的民事法律规范的总称,或指作为一个部门法的民法,也可能是指某个单行民法规范。而民法学是以研究民法理论与实践及其发展规律为主要对象的一门社会学科,它只是一种学说,不是国家意志的体现,不具有国家强制力。但民法学能影响民事立法,它对民事立法和司法实践具有指导和推动作用。民事立法当然也会影响民法学,这种影响可能是积极的,也可能是消极的。总的来说,民法与民法学互相联系、互相影响,二者相辅相成,相互促进。

第二节 民法的调整对象

民法的调整对象,是指民法所调整的各种社会关系。任何一个法律部门,都必须有自己的独立的调整对象。民法作为市民社会里最基本的法律,当然也应该有自己的调整对象。而明确民法的调整对象的意义在于,既明确民法的性质和任务,又分清民事法律关系和其他法律关系的联系和区别,同时还有利于确认法院管辖权,便于法院审判和当事人诉讼。

我国《民法通则》第2条规定,我国民法的调整对象是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。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第2条规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”结合民法学理以及我国的民事立法和实践,我国民法的调整对象可以概括为:平等主体的自然人、法人、其他组织之间的财产关系和人身关系。

一、平等主体之间的财产关系

所谓财产关系是指当事人之间以财产为内容所发生的社会关系。随着经济、技术的发展和观念的变化,人们对财产的认识不断深化,财产的范围也不断拓宽。因此,关于财产的概念,不同的学者在不同的领域都有不同的看法。本书认为,作为财产必须具备以下要件:第一,它必须是有经济价值之物,能满足人们的某种需要;第二,须不属于自然人的人格;第三,须人力所能支配。由于财产关系的范围非常广泛,它是由不同的法律部门共同调整的,而我国民法所调整的,是平等主体之间因财产所发生的具有经济内容的社会关系,它具有如下特点:

1. 主体地位平等

我国民法所调整的财产关系的主体,无论是公民、法人,还是其他组织,甚至包括国家,都具有独立的法律人格,法律地位平等,相互之间没有高低、贵贱之分,不存在依赖或从属关系。

2. 意思表示自由

平等主体之间因财产所发生的具有经济内容的社会关系也即财产关系是建

立在意表示自由的基础上的。主体之间都是基于自愿产生、变更、消灭一定的财产关系,他们之间无论经济实力如何悬殊,也不论一方处于何种困难境地,任何主体都不得把自己的意志强加于对方。

3. 两大板块:财产归属关系和财产流转关系

根据其内容,财产关系可以分为财产归属关系和财产流转关系。前者又称为静态的财产关系,后者又称为动态的财产关系。财产归属关系主要是指财产所有关系,法律通过调整财产归属关系来确定财产的归属,保护所有者对归其所有的财产的占有、使用、收益和处分。而财产流转关系指的是因为财产的交流而形成的社会关系。财产归属关系与财产流转关系之间有密切的联系:财产归属关系是发生财产流转关系的前提,而财产流转关系则往往是财产归属关系实现的方法。此外,民法调整的财产关系还有财产继承关系,继承是一种特殊的转移财产所有权的方式。

二、平等主体之间的人身关系

所谓人身关系,是与人身不可分离、以人身利益为内容、不直接体现财产利益的社会关系。人身关系包括人格关系和身份关系两类。人格关系是基于人格利益而发生的社会关系。《民法通则》规定的人格尊严、生命、健康、姓名、名称、肖像、名誉等均属人格利益,这些利益通过法律的调整而转化成法律上的人格权。身份关系是以特定的身份利益关系为内容的社会关系,身份关系经法律调整形成身份权,如荣誉权、监护权、婚姻自主权等。

人身关系的范围非常广泛,民法只调整部分人身关系。民法所调整的人身关系有以下特点:

1. 主体地位平等

民法调整的人身关系,其主体一律平等,相互之间没有隶属关系。每个民事主体都享有独立的人格利益,同时也应当尊重他人的人格利益,彼此之间法律地位平等,相互尊重,互不干涉,互不侵犯。

2. 内容的非财产性

人身关系中权利人的权利和义务人的义务,都不直接体现财产利益。人格与身份不是财富,不能直接给当事人带来经济利益。但这并不意味着人身关系与经济利益毫无联系。有的人身关系与财产关系有关,是财产关系发生的前提和依据,有的则无关。现代社会,人格权的商事化亦值得重视。

3. 与民事主体的不可分离性

民法调整的人身关系与主体的人身不可分离,具有专属性。如果离开主体的人身,人身关系既无法产生,也不能存在。民事主体所享有的人身权利,除法律另有规定以外,是不能以任何方式转让的,也无从继承,一般亦不能任意放弃或被剥夺。

第三节 民法的性质

民法的性质指的是民法本身所固有的根本属性。要取得对民法性质的全面了解,需要对民法从多种角度进行分析,而不能只局限于某一方面。现代民法的性质主要体现在以下几个方面:

1. 民法是市民社会的基本法

民法(bürgerliches Recht),乃是调整市民社会(bürgerliche Gesellschaft)的基本法。所谓市民社会,是相对于政治国家而言的。随着社会利益分化为私人利益和公共利益两大互相对立的体系,整个社会就分裂为市民社会和政治国家两个领域。前者是特殊的私人利益关系的总和,强调自主、自治、自为,自我决定,自我负责。后者是普遍的公共利益关系的总和,强调命令与服从。在现代社会中每一个独立的人都担当着双重角色,他既是市民社会的成员,也是政治国家的成员。^①之所以要对同一个社会和社会中独立的人的双重品格进行区别和分析,其目的在于为同一社会及其成员的双重品格(公法主体与私法主体)和双重利益(公益与私益)划出界限,进而给与之相对应的公法和私法一个恰当的定位。其现实意义不仅在于阐明民法是市民社会的基本法,同时也在于防止因公法、私法类别不清而导致的调整范围与调整方法的错位。特别是在我国曾长期实行高度集中的计划经济体制,一切以国家为本位的公法观念渗透了整个法律领域的历史状况下,充分认识民法作为私法的社会基础及其内在要求,是极为重要的。一方面,只有公法的发达,才能防止私权的滥用;另一方面,只有私法的完善,才能限制公权的无限扩大。西方国家近百年来的法治精神主要在于前者,而我国今天则更应着重于后者。民法正是调整市民社会的私法形式,可以说,市民社会是民法得以产生、变化和发展的基础,市民即是民法的主体,而维护和保障市民的民事权利是民法的重要使命。

2. 民法是私法

把法律划分为公法和私法,是罗马法学家乌尔比安(Ulpian)首先提出的,他认为保护国家利益的法律是公法,保护私人利益的法律是私法。以后,西方法学家,尤其是大陆法系的法学家,都继承了公私法之分的原则。可以说,公法与私法的划分是法律最基本的分类,不掌握公私法的划分,就不可能正确地适用法律。^②

但关于公私法划分的标准,学术上却存在着争议。主要有三种学说:(1)利

^① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第26页。

^② 同上。

益说,该说为罗马法学家乌尔比安(Ulpian)首倡,他认为规定国家公共利益的法律为公法,而规定私人利益的法律为私法。(2)意思说,德国法学家拉邦德(Laband)提倡,认为调整权力者和服从者的法律为公法,而调整对等者的意思的法律为私法。(3)主体说,为德国学者耶律内克(Jellinek)所倡,认为法律主体中至少有一方是国家或国家授予公权者的法律为公法,而法律主体的地位平等的法律为私法。^①以上争论不一而足,但不论采取何种学说来予以衡量,民法都毫无疑问是私法,其为私法之基本法。

新近因所谓“公法私法化”“私法公法化”趋向的出现,有的学者主张不要采取公法与私法的划分法。^②本书认为,尽管现在存在着所谓“公法私法化”“私法公法化”的趋向,强调公私法的划分的意义在于,它对明确法律关系的性质,判断适用何种法律规定,采用何种救济方式,以及案件应由何种性质的法院来受理和审判仍然有重要的作用。尤其是,我国的法制建设正在起步,强调公私法划分,对于正确认识民法是私法而不是公法,摆正公法与私法、公权与私权、国家与人民、政府与社会的关系有重大的作用,进而对提倡私权神圣、私法优先有莫大的意义。

3. 民法是权利本位法

民法是奉行权利本位的法律。民法以尊重、保护市民的私人利益、自由意志,激发每个社会成员的创造力,维护其精神安宁为出发点。为此,民事法律必须以授权性规范为主体,赋予所有市民以广泛的民事权利。权利本位是民法私法属性的具体表现,民法的一切制度都以权利为核心而构成,而民事义务只是实现权利的手段。在我国现阶段,权利本位是我国民事立法的航标。我国的私法权利意识与权利体系尚处在复归和初建阶段,倡导权利本位,强化私权保护,是我国法学界乃至全社会的共同任务。

民法的目的在于确保民事主体的民事权利得以充分实现和不受侵犯。为了实现这个目的,在制度上,民法首先确立民事权利的主体制度,规定了民事主体的种类、条件以及资格等。其次,民法规定了民事主体行使民事权利的方式,如规定民事行为制度、代理制度等。再次,民法具体规定了民事权利的种类和内容,如财产权、人身权、知识产权等。最后,民法还确立了保障民事权利的制度,规定了民事责任制度,通过该制度恢复和救济受到侵害的民事权利。

^① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第27页。同时参见陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011年版,第11—21页。该书还列举了公法与私法区分标准的其他学说,如法律关系说,构成要件说,应用说,特别法规说等,以及区分公法与私法的意义,深值参阅。

^② 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社1998年版,第16页。