“十二五”国家重点图书出版规划项目

民法总论

（第二版）

李永军 著

MIN FA ZONG LUN

出版社

“十二五”国家重点图书出版规划项目·新世纪法学教育丛书

民法总论

（第二版）

◆ 李永军 著

中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目（CIP）数据

民法总论 / 李永军著. —北京：中国政法大学出版社，2012.4
ISBN 978-7-5620-4259-4
Ⅰ.民… Ⅱ. 李… Ⅲ.民法—研究—中国 Ⅳ.D923.04
中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第064770号

出版发行　中国政法大学出版社
经　　销　全国各地新华书店
承　　印　固安华明印刷厂

720mm×960mm　16开本　21印张　370千字
2012年5月第2版　2012年5月第1次印刷
ISBN 978-7-5620-4259-4/D·4219
印　数:0 001-5 000　定　价:33.00元

社　　址　北京市海淀区西土城路25号
电　　话　(010)58908435(编辑部)　58908325(发行部)　58908334(邮购部)
通信地址　北京100088信箱8034分箱　邮政编码 100088
电子信箱　fada.jc@sohu.com(编辑部)
网　　址　http://www.cuplpress.com　(网络实名：中国政法大学出版社)

声　　明　1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由印刷厂负责退换。

作者简介

李永军 男，1964 年 10 月生，山东人，中国政法大学教授、博士生导师。曾为全国人大常委会破产法起草小组成员。1995 年获国家博士后优秀研究奖；1998 年获霍英东科研基金资助；1997～1998 年被评为中国政法大学优秀教师；2000 年被评为曾宪梓教学奖一等奖；2001 年被列入北京“百人工程”培养人选；2002 年被评为“最受学生欢迎的教师”、“杰出青年教师”，并获得“杰出青年教师基金”奖励。代表性作品有：《合同法》、《合同法原理》、《破产法律制度》、《破产重整制度研究》、《票据法理论与实务》等。发表学术论文数十篇，主要有：“我国民法上真的不存在物权行为吗?”、“契约效力的根源及其正当化说明理论”、“我国合同法是否需要独立的预期违约制度”、“论破产法上的免责制度”、“中国新破产法起草中的主要问题”、“重申破产法的私法精神”、“私法中的人文主义及其衰落”、“论商法的传统与理性基础”、“论商事合伙的特质与法律地位”、“论合同解释对当事人自治否定的正当性与矫正性制度安排”、“论权利能力的本质”等。

出版说明

“十二五”国家重点图书出版规划项目是由国家新闻出版总署组织出版的国家级重点图书。列入该规划项目的各类选题，是经严格审查选定的，代表了当今中国图书出版的最高水平。

中国政法大学出版社作为国家一级出版社，有幸承担规划项目中系列法学教材的出版，这是一项光荣而艰巨的时代任务。

本系列教材的出版，凝结了众多知名法学家多年来的理论研究成果，全面而系统地反映了现今法学教学研究的最高水准。它以法学“基本概念、基本原理、基本知识”为主要内容，既注重本学科领域的基础理论和发展动态，又注重理论联系实际以满足读者对象的多层次需要；既追求教材的理论深度与学术价值，又追求教材在体系、风格、逻辑上的一致性。它以灵活多样的体例形式阐释教材内容，既推动了法学教材的多样化发展，又加强了教材对读者学习方法与兴趣的正确引导。它的出版也是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的职业体现。

中国政法大学出版社长期以来始终以法学教材的品质建设为首任，我们坚信“十二五”国家重点图书出版规划项目的出版，定能以其独具特色的高文化含量与创新性意识成为集权威性与品牌价值于一身的优秀法学教材。

中国政法大学出版社

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

第二版说明

《民法总论》一书自2008年出版以来，承蒙各位读者的厚爱，已形成了比较稳定的读者群体。虽然说自本书出版以来，在民法总论的理论方面变化不大，但有两点也促使作者来修改本书：一是民法典离我们越来越近，对于民法典总则部分的内容也就越来越引起人们的关注，而这一点恰恰与民法总论有很大的关系；二是我国最高人民法院2008年8月11日由其审判委员会第1450次会议通过《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号，自2008年9月1日起施行），这一个司法解释中有许多新的规定，也是对多年来理论研究和司法审判成果的总结，该司法解释界定了诉讼时效经过后债权的性质，不仅为司法实践提供了可靠的依据，同时也为自然之债概念的重新界定奠定了基础。而该书第一版交付出版时该司法解释尚未颁布，因而，有特别修订的必要。

另外，需要特别说明的是，本书的修改并没有改变其基本的风格和框架，其仍然本着“体系统一、结构清晰、便于教学、利于接受”的宗旨，力图一直保持其“最受读者喜欢的教科书”的地位。

作　者

2012年4月6日

序　言

在民法学中，民法总论是最重要的，也是最不容易理解和掌握的。带有“民法总则”的民法典编排体例是德国人的创造，而“民法总则”是作为“公因式”从民法的各个部分中提取出来的，因而，反映这种“公因式”的民法总则就是整个民法典的灵魂与主线。民法总论是对民法典总则部分的研究，因此，也是民法学的灵魂所在。如果对民法总论没有很好的领会与掌握，对于民法而言，就好像一本书没有被正式地打开一样，对于整个民法体系就有杂乱无章、头绪纷繁的感觉。而德国人在设立“总则编”时的目的，就是为了避免法国民法典式的将各种民法制度“胡乱堆积”的情形。在德国人看来，民法典只有具有了“总则编”，才使得整个民法典具有了“精神与纲领”。而没有总则，在法律天地中的法学家就像“没有罗盘的舵手一样”。[1]可以说，无法律行为，民法中的意思自治原则就无法集中体现，各种制度就像散沙一般。因此，“总则编”的作用就在于提纲挈领地统领整个民法制度。另外，“总则编”模式可以取得唯理化效应。这样立法者就无需为每一项法律行为重新规定其生效要件，避免了运用参引技术。从我国民法的发展历史看，一直是沿用德国的立法模式，无论是学理还是立法，都将总论或者总则作为“开头编”。但是，这种模式，却对初学民法的人产生了不可避免的障碍。由于总则编是从民法的各个制度中提取出来的，因此，在学习中就出现了一个很大的矛盾：是应该先学习民法的各个部分，然后再学习民法总论呢，还是相反？例如，“法律行为”是从合同、遗嘱和婚姻中提取出来的“公因式”，如果先学习民法总论中的“法律行为”，就不得不以合同或者遗嘱为例

---

〔1〕［德］K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第271页。

说明之，但这时合同或者遗嘱是什么还没有学到，对“法律行为”就有摸不着底的感觉；若先学习各个部分，再学习总则，就会有前后倒置的感觉。这种矛盾始终伴随着民法的教学与适用，但又是一种难以克服的矛盾。我们在学习的过程中，要有充分的思想准备。

写一本好的教科书，始终是每一个教师的梦想。但要做到这一点，实在是不容易。因为教材并不反映最高的研究成果，却要反映最高的教学成果，以什么样的方式将体系化的内容表达出来并能够让学生易于接受，是一门很高的艺术。在本书的写作过程中，笔者始终都以上述标准和目标要求自己。另外，本书许多观点并不一定就是我个人的观点，而是通说，这也是我对教材与专著之区别的理解。所以，我在写作的过程中，始终都保持着十分“克制”的态度，尽量“克己复礼”。也许，有许多细心的读者会发现，在这本教材中的许多观点与我以前的专著是不同的，恳请勿怪。

在本书的写作过程中，得到了中国政法大学出版社及社长李传敢先生的大力支持。十分感谢其给予我的信任，在目前中国的教材多实行“主编制”之时，尝试由一人来写教材，以使体系与风格容易统一，避免矛盾和重复。另外，刘心稳教授对于本书的写作也给予了极大的关注，并提出了许多宝贵的意见和建议，我在此特表谢忱。帮助我的人还有许多许多，在此难以一一列举，在本书即将出版之际，本人向一贯支持与关心我的人衷心致谢。对于本书存在的错误与不足，希望读者与同仁批评指正，这同样是对我的支持和帮助。

李永军

2008 年 5 月

目 录

第一编 绪 论

第一章 民法概述 …… 1
第一节 民法的概念与特征 …… 1
第二节 民法在私法体系中的地位 …… 7
第三节 民法的法律渊源 …… 10
第四节 民事法律关系 …… 20
第五节 民法的构造与基本内容 …… 24
第二章 民法的基本原则 …… 26
第一节 民法基本原则概述 …… 26
第二节 意思自治原则 …… 30
第三节 过错责任原则 …… 31
第四节 私有财产权神圣原则 …… 34
第五节 权利本位原则 …… 35
第六节 民事主体地位平等 …… 38
第七节 诚实信用原则 …… 39
第三章 民事权利通论 …… 41
第一节 民事权利的概述 …… 41
第二节 民事权利的分类 …… 42
第三节 请求权体系 …… 47
第四节 抗辩权体系 …… 50
第五节 支配权体系 …… 52

第六节　形成权体系 …… 53
第七节　权利主体、权利的取得与丧失 …… 55
第八节　民事权利的限制 …… 56
第九节　权利的实现 …… 58

第二编　民事主体及其法律属性

第一章　民事主体概述 …… 62
第一节　民事主体的概念及形式结构 …… 62
第二节　民事主体的法律标志——权利能力 …… 64
第三节　民事主体的理性标志——行为能力 …… 70
第二章　自然人 …… 79
第一节　自然人的概念及主体性基础 …… 79
第二节　自然人的人格权 …… 80
第三节　自然人的其他法律属性 …… 86
第三章　法人 …… 98
第一节　法人的概述 …… 98
第二节　社团法人 …… 112
第三节　财团法人 …… 135
第四章　无权利能力的社团与合伙 …… 143
第一节　无权利能力的社团及合伙的概述 …… 143
第二节　合伙 …… 145

第三编　法律事实

第一章　法律事实概要 …… 164
第一节　法律事实的概念与作用 …… 164
第二节　法律事实的种类分述 …… 164

第二章 法律行为 …… 168
第一节 法律行为的概念及其在私法上的说明意义 …… 168
第二节 法律行为的分类及其意义 …… 178
第三节 法律行为的成立与生效 …… 192
第四节 附条件与附期限的法律行为 …… 201
第五节 法律行为的无效 …… 206
第六节 法律行为的可撤销与可变更 …… 210
第七节 效力待定的法律行为与效力不能对抗第三人的法律行为 …… 219
第八节 法律行为的解释 …… 220
第三章 法律行为的代理 …… 228
第一节 代理的基本概述 …… 228
第二节 有效代理的要件与后果 …… 243
第三节 无权代理及其法律后果 …… 258
第四节 表见代理 …… 264
第四章 民法上的时间 …… 272
第一节 时效制度概述 …… 272
第二节 诉讼时效 …… 278
第三节 除斥期间 …… 303
第四节 关于期日与期间的实体法解释规则 …… 305
参考书目 …… 310

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

第一编　绪　　论

第一章

民法概述

第一节　民法的概念与特征

一、民法的概念

对于我国来说，民法属于移植之物，[1] 其产生有其历史、社会与政治背景，包含自己特殊的信息。因此，对于民法不能望文生义。简单地说，民法是调整以平等为本质特征的市民社会的法律。正因为如此，欧陆国家一般将之称为“市民法”。当然，关于市民社会是什么，西方学者也有不同的看法，通说认为，“市民社会”这一概念的使用经历了三个阶段，其含义在这三个阶段中也不相同。第一阶段，“市民社会”这一术语在中世纪的政治哲学里间或出现，用以与教会机构相区别。[2] 第二阶段，即在17世纪，“市民社会”是与“自然状态”相对立而使用的概念，是指业已发达到出现城市的文明政治共同体的生活状况。这些共同体有自己的法典（民法），有一定程度的礼仪和都市特性，市民合作及依据民法生活并受其调整，以及城市生活与商业艺术的优雅情致。[3] 第三阶段，即在18

---

〔1〕 中国历史上是否存在民法，学者之间存在争议。但是，我认为，我们现在讨论的民法至少在我国历史上是不存在的。因为民法是以平等为基础的，而我国历史上民刑不分，而且身份占有重要的意义。

〔2〕 ［美］爱德华·希尔斯：“市民社会的美德”，李强译，载邓正来、［英］J. C. 亚历山大主编：《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》，中央编译出版社2002年版，第34页。

〔3〕 邓正来：“市民社会与国家：学理上的分野与两种架构”，载《中国社会科学季刊》1993年5月总第3期。

世纪，“市民社会”才因保护个人自由、个人财产及批判专制制度的自由主义政治思潮的影响，成为与政治国家相对而使用的概念，这时的“市民社会”才成为“由一套经济的、宗教的、知识的、政治的自主性机构组成的，有别于家庭、家族、地域或者国家的一部分社会”。[1] 具体来说，市民社会是指与国家相对，并部分独立于国家，包括了那些不能与国家相混淆或者不能为国家所淹没的社会生活领域。“市民社会”的概念表达了自下而上地独立的而不是受国家督导的社会生活方式的纲领。[2] 我们今天所说的“市民社会”，大致就是18世纪后与国家相对而使用的语义。[3] 市民法也是在这一意义上使用的。因此，德国学者梅迪库斯指出：“民法”译自拉丁文的“市民法”（*jus civile*）。在罗马法中，“市民法”这个概念具有多种含义。在中世纪，“市民法”是一个与“教会法”相对的概念。法国大革命后，“市民”被理解为“公民”。所谓民法，是指适用于全体人的法，是一个无等级社会的法。[4]

与德国学者关于民法的概念相似，我国学者一般认为，民法是调整社会平等成员之间的人身关系和财产关系的法律规范的总称。对这一概念作以下说明：

（一）民法调整的对象是人身关系与财产关系

人身关系是自然人基于彼此的人格和身份关系而形成的相互关系，是人格关系与身份关系的合称。财产关系是人与人之间基于财产而形成的相互关系。[5]

民法调整人身关系与财产关系的结果，即是民法上的人身权与财产权。

（二）这种财产关系与人身关系仅仅限于平等主体之间

人身关系与财产关系既可能发生在平等主体之间，也可能发生在非平等主体之间，例如，财政关系、金融管理关系等。只有平等主体之间的财产关系或者人身关系才可能被民法所调整，这也正好反映了市民社会以平等为本质的特征。

---

〔1〕［美］爱德华·希尔斯：“市民社会的美德”，李强译，载邓正来、［英］J. C. 亚历山大主编：《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》，中央编译出版社2002年版，第33页。

〔2〕［英］查尔斯·泰勒：“市民社会的模式”，冯青虎译，载邓正来、［英］J. C. 亚历山大主编：《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》，中央编译出版社2002年版，第3页。

〔3〕这里所说的“三个阶段”，是以对概念使用和发展为主线的三个阶段，而不是按照自然发展的顺序来排列的。如果按照自然的发展顺序，第二阶段显然早于第一阶段。

〔4〕［德］迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第15页。

〔5〕张俊浩主编：《民法学原理》（上册），中国政法大学出版社2000年版，第10、12页。

二、民法的特征

（一）民法是身份平等的阶层的法律

德国学者称之为适用于全体人的法，是一个无等级社会的法。[1] 如果要理解这一特征，我们不得不考察历史。在古代罗马，由于城市及领地的划分，使得每个城市均有自己的法律或者规则，“罗马也是一个城市”。作为城邦国家的公民，其身份就是市民。将对市民的各种关系进行规范的法律称为“市民法”是极其自然的。例如，在罗马，就有万民法与市民法的分别。“市民法”是罗马人的特有法律，属于罗马私法，即是指调整公民之间个人关系的法律。而“万民法”是罗马人与其他所有民族共同拥有的法律。[2]

但是，随着历史的演进，市民等级作为一个新生的力量不仅在经济上拥有实力，而且在政治上也逐渐取得地位，成为进步和有生命力量的阶级，而对封建势力构成威胁。这时候由市民阶层组成的市民社会就成为一个专有名词，专门用来指称与政治国家对立的基础社会的存在。在资产阶级革命的过程中，纷纷用市民法作为制度性武器，以平等的市民观来否定教会法和封建法等级制度。这样的称谓非常巧妙地配合了资产阶级的革命主张——“天赋人权及其人人平等的思想”。正是在这一时期，“市民社会”才具有了在与政治国家相对的意义上使用的特殊含义。在许多国家，资产阶级以暴力或者非暴力取得政权后，他们便以“市民法”来命名其新的法典，例如德意志帝国市民法典、法兰西市民法典。

现在通说认为，“民法”这一术语，是日本学者在翻译欧洲市民法时首先使用的。梅仲协先生指出：“民法一语，典籍无所本，清季变法，抄自东瀛。东瀛则复从拿翁法典（《拿破仑法典》）之 *droit civil* 译为今称。”[3] 也有学者认为，日本学者在翻译欧洲市民法时错误地将市民法翻译为“民法”。因为其不了解其制度背景，以致“市民法”的制度信息在“民法”的术语中被丢掉了。[4] 因此，我们在理解民法时，必须将被“丢掉了”的信息找回来。

（二）民法为属地法

从上面的历史考察可以看出，既然将民法称为“市民法”，其当然就具有属地法的特征。也有的学者将这一特征称为“国内法”，即民法系在一国主权之下

---

〔1〕［德］迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 15 页。

〔2〕［意］彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 13 页。

〔3〕梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 14 页。

〔4〕张俊浩主编：《民法学原理》（上册），中国政法大学出版社 2000 年版，第 5 页。

规范一国民族私生活关系的法律。[1]

（三）民法是实证法法律部门

一个国家的法律制度是由许多不同的法律部门所组成的，例如，民法、刑法、宪法等。而这些法律部门由于形成的过程和目的不同，故在结构和风格上具有较大的差异。在历史上，曾经有过一次，人们试图将一个国家的全部法律包含在一部单行的法典之中——《普鲁士普通邦法》。这一尝试是启蒙运动的产物，并未取得成功，更没有被后人继受。所以，法律部门的划分无论在法学研究还是在立法和司法中都有重要意义。

法学家在罗马法将法律分为公法与私法的基础上，根据调整的社会关系及调整方法划分法律部门。这种划分毫无强制性，更不是一种制度。但就目前来看，尽管人们在各种法律部门的安排顺序方面有不同看法，但它在某种程度上得到了普遍的认同。文献索引、图书分类、图书出版常常以此划分。[2]

民法作为实证意义上的民法而与自然意义上的民法相互区别。实证意义上的民法是指具有普遍的强制力的行为规范，因这种法能够为人们所证实并进行观察和研究，故称为实证意义上的民法。而自然法是上帝统治理性动物的法，它永远是公正和善良的。实证意义上的民法永远都不可能等于自然法，但可以接近自然法。人的理性可以认识和发现自然法，并以自然法评价实证法。

我们在此所讲的民法是实证意义上的民法规范，在形式上包括民法典、特别法律法规以及具有法律效力性质的其他规范形式。前者通常被称为形式意义上的民法，而后者则被称为实质意义上的民法。在我国历史上，也区分法与律，法为总称，律则单指成文法[3]（因此，清末民法典称为民律），大概也是指实质意义的法与形式意义的法之别。

实质意义上的民法与形式意义上的民法的区分具有重要意义。①实质意义上的民法应当符合形式意义上的民法。②在法律掌握上，不仅要掌握形式意义上的民法，而且要掌握实质意义上的民法，例如，《民法通则》与《合同法》、《民法通则》上的一般侵权与《民用航空法》上的侵权赔偿问题等。

（四）民法为私法

提到私法，就不得不提到“公法”与“私法”的划分。但关于划分的标准，学理上有不同的观点，下面简单作一介绍。

---

〔1〕 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 7 页。

〔2〕 [德] 罗伯特·霍恩等：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 54 页。

〔3〕 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 9 页。

1. 划分的标准。主要有以下四种划分标准：

（1）利益说。利益说在罗马法就已经有人提及。乌尔比安说："公法涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益。"根据这一学说，判断一法律关系或者一条法律规范是属于公法还是私法，就要看其所涉及的是公共利益还是私人利益。

（2）隶属说。这一学说在很长一段时间内一直处于主导地位。该说认为，公法的根本特征在于调整隶属关系，而私法的根本特征在于调整平等关系。这种区分类似于新中国历史上对经济法与民法的划分。

（3）主体说。该说认为，如果一法律关系有公共权力机关的参与，并且是以行使公权的身份参与，则该法律关系即是公法调整的范围。如果一法律关系的参加者为私人，或者虽有公共权力机关参与，但却不是以公共权力的行使为目的的，则是私法的调整范围。[1]

（4）自由决策说。对于公法与私法划分的标准与学说，许多学者颇有微词。德国学者迪特尔·梅迪库斯评价道，就利益说而言，在福利国家中，公共利益与私人利益往往是不能分离的，例如，被归于私法范畴的婚姻制度和竞争制度，在本质上也是服务于社会公共利益的；与此相反，在属于公法范畴内的社会照顾或者道路建设中，在很大程度上也涉及私人利益。就隶属说而言，隶属关系也出现在私法中，如父母子女关系；而公法也存在平等关系，如政府之间订立的就某一区域管辖的协议等。就主体说而言，有一个关键的问题没有得到回答：什么时候国家行使公权，且行使的方式足以表明国家是在上述意义上参与法律关系的？这一点，在国家从事照顾性行为时，殊成疑问。例如，国家根据《联邦教育促进法》向一个大学生提供贷款的行为，与该大学生的有钱的叔叔向其支付生活费的行为，在性质上是没有区别的。所以，有学者认为，所有这些划分公法与私法界限的公式化的表述均存在缺陷，将各个具体的法律制度或者法律关系归属于这个领域或者那个领域主要是受到了历史原因的影响。在今天，任何一种旨在用一种空洞的公式来描述公法与私法之间界限的尝试，都是徒劳无益的。对于以前的法律应当由历史因素来决定，只有对新产生的法律，才能对其进行合理的界分，标准是：公法是指受约束的决策的法，而私法是指自由决策的法。[2]

2. 评价。以上区分标准很难说哪一个正确或者错误，它们都是从不同的角度和侧面对公法与私法进行阐述，仔细品味其本质含义是相同的，并且，无论按

---

〔1〕［德］迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 11 页；王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 12 页。

〔2〕［德］迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 10～14 页。

照哪一种标准进行划分，划分的结果都会惊人地相似。笔者认为，对于公法与私法的区分不在于标准，而在于其超出实证法的价值与说明意义。

德国学者拉德布鲁赫指出，“公法”与“私法”的概念不是实证法上的概念，它也不能满足任何一个实证的法律规则。但公法与私法的价值关系则服从于历史的发展和价值世界观。[1] 因此我们必须历史地和发展地对公法与私法划分的作用与伟大意义作出恰当的评价。①公法与私法的划分在今天仍然有重大作用，国家在公法范围内活动，个人在私法范围内活动。在私法中实行意思自治，而在公法领域中否定意思自治，国家或者政府的作用在于保障个人利益与安全。同时，这种区分在大陆法系的司法救济、法学研究和法律教育中占有重要地位。②公法与私法划分的最初动机更具有说明和启发意义。罗马人将社会分为两层：一为政治国家，二为市民社会。政治国家是国家权力活动领域，命令和服从应该畅通无阻。但市民社会的资源分配不能依靠国家的命令和服从，而是以自治与平等为核心。如果说在政治国家中，市民是国家的“奴隶”，那么在市民社会中，他们却是自己的主人。罗马人将私人平等和自治视为终极，对于国家权力的猖獗给予警惕和限制，试图以公法与私法的划分为工具在他们之间划出“楚河汉界”，这种经典的说明意义在今天也有其耀眼的光辉。

3. 公法与私法的内容。公法和私法的内容各有不同，具体如下：

（1）公法的内容。公法分为宪法、行政法和刑法，刑事诉讼法一般也划在公法之内，理由是它同刑法有紧密的联系。民事诉讼法如何划分才算恰当，在学术上尚有争议，目前占统治地位的看法认为它属于公法的范畴。

（2）私法的内容。私法包括民法和商法，其中民法更为重要。[2] 民法源于罗马私法，罗马法的形式理性和内容对大陆法系的民法具有深刻的影响。

（五）民法救济的同质性

民法救济的同质性也称为民法的同质救济，简单来说就是直接救济，即民事责任以恢复被侵害权利的原状为宗旨，只有在恢复不能时才转化为金钱性赔偿。相比之下，通过刑事责任或者行政责任的方式来实现救济，即使手段严厉，也不是对受害人的救济，而是对社会秩序与公共安全的保护。[3]

强调民法的上述特征，在我国尤其重要。因为，我国历史上没有公法与私法划分的传统，没有民法生存的基本土壤——以身份平等为基础的社会，民法是我

---

〔1〕［德］拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社 2005 年版，第 127～128 页。

〔2〕［美］约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，知识出版社 1984 年版，第 116 页。

〔3〕张俊浩主编：《民法学原理》（上册），中国政法大学出版社 2000 年版，第 42 页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com