



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

民法总论

Civil Law

◎ 王荣珍 主编



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

民法总论

Civil Law

主 编 王荣珍

副主编 张小平 王 焜

撰稿人 (按撰写章节顺序)

侯 巍 王雪琴 王 焜 李旭强
陈雪娇 景春兰 王荣珍 石丽明
张小平



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民法总论/王荣珍主编. —厦门:厦门大学出版社, 2012. 3

高校法学“十二五”规划教材系列

ISBN 978-7-5615-4160-9

I. ①民… II. ①王… III. ①民法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 032691 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门集大印刷厂印刷

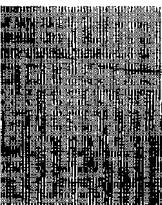
2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:12.75 插页:2

字数:312 千字 印数:1~3000 册

定价:25.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



主 编 简 介

王荣珍，女，1970年2月生，武汉大学法学院在读民商法博士研究生，广东外语外贸大学法学院法学教授，民商法系主任，硕士生导师，担任广东省法学会民商法学研究会理事，知识产权法学研究会副会长。在人大复印资料《民商法学》、《现代法学》等刊物上发表多篇文章，合著一部。

“高校法学‘十二五’规划教材系列”编委会

总 主 编：杜承铭

总 顾 问：吴家清 齐树洁

编委会成员（按姓氏拼音顺序排列）：

蔡国芹	蔡镇顺	陈俊成	陈亚平
崔卓兰	邓成明	邓世豹	韩明德
蓝燕霞	栗克元	马占军	彭真军
祁建平	施高翔	王继远	王晓先
吴国平	夏 蔚	熊金才	徐 波
徐继超	于风政	张小平	曾月英

秘 书：甘世恒

总 序

2011年3月,吴邦国委员长向世人宣布:中国社会主义法律体系已经形成。中国已步入了法治社会的健康发展轨道。作为改革开放排头兵的广东省,更是在法制建设的进程中敢于先行先试,为中国社会主义法律体系的完善贡献了自身的力量。与之相适应的是,广东省法学院校在法学教育和法学研究方面,也一直进行着积极的探索和改革。广东省开设法学专业的院校二十余所,以法学本科教育为主,多年来为广东、华南地区乃至全国的政法系统、党政部门、企事业单位培养和输送了数以万计的法律人才。随着我国市场经济的逐步发展完善,对法律人才的要求也进一步提升,既有的法学本科教学内容体系和教育模式在新的形势和新的要求面前难免僵化之虞。因此,以教学内容体系和教育模式为取向的法学本科教育改革,就成为广东各法学院系教育教学改革的重中之重。为了进一步推进广东法学院校法学教育教学改革特别是法学教材建设与改革,由厦门大学出版社策划,组织广东省二十余所院校法学专业教师联合编写的“高校法学‘十二五’规划教材系列”便应运而生。

“高校法学‘十二五’规划教材系列”是根据教育部公布的法学教学大纲编写的,符合国家“十二五”规划要求的法学创新教材。本教材系列具有如下特点:

第一,以几个较早成立的法学院系为依托,由广东二十余所院校的法学专业教师联合编写。本教材系列集合了广东省大部分开设法学专业课程的院校的教师,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授担任各册主编,并吸收了许多具有丰富一线教学经验的中青年任课老师作为作者参与编写。教材系列作者队伍阵容强大,同时又具有一定的权威性。

第二,紧密结合实际,力图打造具有广东特色的法学创新教材。广东省处于改革开放的前沿,经济的繁荣带来了思想的活跃。作为广东法学本科教学改革的一次尝试,教材系列力图突破传统的理论性较强的编写模式,将法学基本知识和具有地方创新特色的司法实务以及国家司法考试相结合,培养既具有法学基本知识,又能够了解司法实务的合格法律人才。为此,教材系列除对法律知识体系的整体阐述外,还吸收了部分具有广东特色的案例,精简为各章之前的“引例”部分,帮助学生进一步理解法学知识在法律实务中的应用。同时在各章之后增加“司法考试真题链接”部分,有助于学生将本章知识与国家司法考试



要求相结合。

第三,吸收和采纳我国法学界的成熟观点和研究成果,精简教材内容,提高教学质量和效率。法学本科教育应为通识教育,即将学生培养成掌握法律基本知识,并能熟练运用法律的实用人才。目前国内大部分法学教材共同存在的问题是篇幅过大,理论争议过多,导致学生难以完全吸收掌握,从而在走上工作岗位后无法正确使用法学知识。因此,为了确保学生能掌握基本的法律知识并熟练运用,本教材系列要求各主编仅采用我国法学界公认的观点和理论,对于存有争议的部分暂时搁置,从而将教材的篇幅尽可能地压缩,减轻学生的学习压力,提高学习质量。

本教材系列是各院校教师共同努力的结晶,凝聚了许许多多一线教师的心血和智慧,是广东省各法学院校在法学本科教材上的一次共同探索和努力。当然,由于参编教师众多,加之水平有限,难免有所缺失和不足,敬请读者批评指正,以助日后不断完善。

杜承铭

2011年12月

前 言

本书是厦门大学出版社组织编写的“高校法学‘十二五’规划教材系列”之一,由广东省内多个法学院、系民法骨干教师联合编写,供法学专业本科生使用,同时适合法律硕士研究生、法律从业者和参加司法考试者等阅读参考。

本书具有以下特点:

第一,体例有所创新。民法总论是民法学理论体系的基石,是民法学理论中最为抽象的部分,概念繁多、理论深厚、体系严谨,作为民法系列课程的先修课程,往往难以为初入民法之门者理解掌握,被其视为畏途。有鉴于此,本书未采用民法总论教科书的惯常体例,而是以引例切入每章的学习,将抽象的理论场景化,拉近其与社会实践的距离,并且在适当的位置给引例以解答,因势利导、深入浅出,帮助学生尽可能轻松地掌握抽象的理论。

第二,内容有所更新。民法是市场经济的基本法。随着我国社会主义市场经济建设的快速发展,新的问题不断产生,新的民事法律法规、司法解释不断制定,学术理论亦不断发展。本书作者在写作中,在主要介绍法学界通说以便于读者把握民法基本概念、基本原理、基本规则的基础上,力求反映最新民事立法、学术理论动态,在内容上争取更新。

第三,实践性有所增强。本书各章除了引例外,还选择了一些新颖性、针对性强的案例分析题,设计了一些思考题,不附答案,以便读者学以致用,进行思考探讨。同时,由于司法考试是法律职业的敲门砖,虽然不应成为法学教育的指挥棒,但不能不引起法学教育者的重视。有鉴于此,每章最后尽可能附有历年司法考试真题,以供读者探讨之用。

本书由王荣珍教授担任主编,由张小平副教授、王焜副教授担任副主编。主编负责草拟写作大纲,然后各作者共同研究并分工撰写,最后由主编审稿、定稿。本书作者简介及其撰写分工如下(以撰写章节为序):

侯巍:华南师范大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师,撰写第一章。

王雪琴:佛山科学技术学院政法学院副教授,法学博士,撰写第二章和第八章。

王焜:湛江师范学院法政学院副教授,法学博士,法学系主任,撰写第三章和第七章。

李旭强:嘉应大学政法学院讲师,撰写第四章。

陈雪娇:广东省五邑大学管理学院讲师,法学博士,撰写第五章。

景春兰:东莞理工学院政法学院副教授,撰写第六章。

王荣珍:广东外语外贸大学法学院教授,法学博士生,民商法系主任,硕士生导师,撰写第九章。

石丽明:广东技术师范学院政法学院教授,撰写第十章。

张小平:韶关学院法学院副教授,法学院党委书记,撰写第十一章。



对于本书的编写,尽管我们已经努力,但由于民法总论博大精深,兼之能力与资料有限,疏漏之处在所难免,敬请广大读者批评指正。

王荣珍

2011年11月17日

目 录

第一章 民法概述/1

- 第一节 民法的概念/1
- 第二节 民法的性质/4
- 第三节 民法与相邻法律部门的关系/8
- 第四节 民法的体系/10
- 第五节 民法的渊源/13
- 第六节 民法的效力/17
- 第七节 民法的历史沿革/19

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 各项民法基本原则/30

第三章 民事法律关系/40

- 第一节 民事法律关系概述/40
- 第二节 民事法律事实/44

第四章 自然人/50

- 第一节 自然人的民事权利能力/50
- 第二节 自然人的民事行为能力/53
- 第三节 自然人的民事责任能力/55
- 第四节 监护/57
- 第五节 宣告失踪和宣告死亡/60
- 第六节 自然人的住所、户籍和居民身份证/63
- 第七节 个体工商户与农村承包经营户/64

第五章 法人/68

- 第一节 法人概述/68
- 第二节 法人的设立与成立/74
- 第三节 法人的民事能力/77
- 第四节 法人的机关与分支机构/79
- 第五节 法人的变更与终止/82
- 第六节 法人的登记/85



第六章 合伙/90

第一节 合伙概述/90

第二节 普通民事合伙/96

第三节 合伙企业/98

第七章 民事法律关系的内容/108

第一节 民事权利/108

第二节 民事义务/114

第八章 民事法律关系的客体/118

第一节 概论/118

第二节 物/119

第三节 其他客体/126

第九章 民事行为/129

第一节 民事行为概述/129

第二节 意思表示/135

第三节 民事行为的成立与生效/146

第四节 欠缺生效要件的民事行为/149

第五节 附条件和附期限的民事行为/156

第十章 代理/163

第一节 代理概述/163

第二节 代理权/168

第三节 无权代理/172

第十一章 期限、诉讼时效与除斥期间/177

第一节 期限/177

第二节 时效制度概述/179

第三节 诉讼时效/181

第四节 除斥期间/189



第一章 民法概述



【引例】下列社会关系中,哪些属于民法调整对象,应由民法加以调整? 李某因伪造货币被判处有期徒刑;某市人民政府罢免该市某局副局长的行政职务;甲、乙两村因某块土地的所有权归属发生纠纷。

第一节 民法的概念

一、民法的语源

民法的语源,是指民法作为法律术语的来源。研究民法的语源,不仅能够帮助我们准确把握民法的发展脉络,而且能够帮助我们探寻隐含于制度背后的民法精神和文化价值的历史嬗变。从法制史上看,近代“民法”一词系从罗马市民法(Jus civile)沿袭而来,因而罗马市民法为各国民法的语源。

古罗马法有市民法(Jus civile)和万民法(Jus gentium)之分。市民法调整罗马市民之间的法律关系,万民法则调整罗马市民与外国人之间以及外国人相互之间的法律关系。公元3世纪,罗马帝国境内的所有居民均被授予市民权,市民法和万民法的区分遂告终止。由于市民法中的民法规范较为发达,后人便将市民法(Jus civile)等同于民法。近代各国由此继受,法国译为 droit civil,英国译为 civil law,德国译为 Buergerliches Recht,荷兰译为 Burgerlyk Reget。日本“民法”一词源自欧洲大陆。1866年,日本学者津田真道在介绍欧洲法律文明时,把荷兰语的“Burgerlyk Reget”译为“民法”。^① 1890年,日本颁布《日本帝国民法》,“民法”一词便正式成为日本的法律用语。

我国“民法”一词,肇始于清末变法,从日本引入。1900年,八国联军入清,面对西方列

^① 我国还有一些学者认为,日本“民法”一词源自法国。日本明治维新后,学者箕田麟祥在制定民法典时,将法语的“droit civil”译为“民法”。参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第8页。学者梅仲协也认为,我国“民法”一语,“典籍无所本,清季变法,抄自东瀛,东瀛复从拿翁法典之‘droit civil’,译为今称。”参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页。但日本学者穗积陈重对此曾做过澄清:“我们原以为这是箕田博士始创的译语。但是当就此问题请教箕田博士时,博士解释说,这是采用了津田先生《泰西国法论》所载录的名词,不是自己的新发明。于是又去请教津田先生,先生回答说,这个单词是他作为荷兰语‘Burgerlyk Reget’的译语而新创的。”转引自叶孝信:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,第2页。



强的坚船利炮,清政府决意变法图强,委派大臣沈家本起草民法典。沈家本通过到日本考察的侍郎董康,邀请日本学者松冈义正等人帮助清政府起草民法,并结合我国“律”的传统,自创“民律”用语,于1911年完成《大清民律草案》,但未及颁行,清政府即覆亡。可见,我国民法并非古汉语固有之词,而是西方法律文化的舶来品,是以罗马法为源头的大陆法系民法移植的产物。

二、民法的概念

民法,是指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。民法与刑法、行政法、诉讼法等法律部门共同构成一国的法律体系,是法律体系中重要的部门法。

纵观各国民事立法,民法一词有多种含义,具体来说:

(一)形式民法与实质民法

形式民法,是指以民法命名的成文法典,如《法国民法典》、《德国民法典》、《意大利民法典》和《日本民法典》等。民法典是按照一定的科学体例,系统地将各项民事法律规范有机编纂在一起的立法文件,是民事法律规范的集大成者,也是衡量一国法治精神和立法技术是否先进、成熟的重要标志。

然而最完善的民法典也无法穷尽社会生活的方方面面,特别是随着社会生活的逐步变迁和经济形势的不断发展,民法典的滞后性不断凸现。于是,在民法典之外,便出现了大量的民事单行法、民事特别法、民事判例法和民事习惯法对民法典进行补充,这些民法渊源所形成的庞大而协调的民事法律体系,即为实质意义上的民法。可见,实质民法,不仅包括民法典,还包括一切具有民法性质的法律规范以及民事判例法和民事习惯法。

我国民法典正在起草过程中。1986年颁布的《中华人民共和国民法通则》(下文简称《民法通则》)^①,是目前我国调整民事关系的基本准则,但其并非民法典,只不过是一部民事基本法。因而,我国现阶段并无形式意义上的民法可言。

(二)普通民法与特别民法

普通民法,是指适用于全国一般人、一般事项的民法,如民法典、我国的《民法通则》等。特别民法,是指适用于特定地域、特定人、特定事项或特定时期的民法,如《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国合伙企业法》等。

普通民法与特别民法的区分具有相对性,如保险合同法对于合同法而言,属于特别民法,但对于海商法中的海上保险合同而言,则属于普通民法。

特别民法是针对特定事项做出的特别规定,较普通民法更能实现实质正义。因此,法官在裁判案件时,对于普通民法和特别民法均有规定的事项,应当优先适用特别民法,只有当特别民法没有规定时,方可适用普通民法。

三、民法的调整对象

民法的调整对象为平等主体之间的财产关系和人身关系。具有以下基本属性:

^① 本书中涉及的法律法规等文件,第一次出现时均使用全称,以后出现时则使用简称,如《中华人民共和国民法通则》(下文简称《民法通则》),为行文简便,在此一并说明。



(一)调整对象质的规定性:主体的平等性

主体的平等性,并非意味着法律将人分为三六九等,进行差别对待,亦即某些主体之间的关系是平等的,某些则不平等。主体的平等性,是从市民社会和政治国家分野的角度进行立论和界定的。

早在罗马法时期,法学家就依据人类社会活动的特征,将人的活动场域分为市民社会(civil society)和政治国家(public society)。市民社会,是个人、团体进行交往,并行使自己事务决定权的社会空间,以当事人地位平等、权利义务对等、意思自治和平等协商作为法律关系的构建基础。在市民社会,主体之间的法律关系具有平等性。比如,当事人在订立买卖合同时,有权决定是否缔约,与谁缔约,并可以就价款、标的物的品质、数量以及交付时间等内容与对方协商。政治国家,则是国家机关运用公权力对个人、团体进行监督和管理的社会空间,以“个人服从公众”、“私益服从公益”等原则作为法律关系的构建基础。在政治国家,国家公权机关可以不经协商,强制要求对方为或不为一定行为,当事人之间是一种命令与服从、监督与被监督、管理与被管理的不平等关系。比如,征税机关与纳税人之间的税收关系,纳税人不能就税种、税率、纳税期限、税收减免等事宜与征税机关平等协商。

民法意义上的“平等主体之间的法律关系”仅仅发生在市民社会领域。一般来说,主体的平等应当具备以下基本要素:其一,人格独立。民事主体之间互不隶属,不存在人身依附关系,谁也不享有凌驾于他人之上的优越地位和法外特权。其二,意思自治。民事主体行为自由,任何一方不得将自己的意志强加给对方,一方当事人要想和他方建立法律关系,应当基于双方的自愿协商。

(二)调整对象量的规定性:财产关系和人身关系

在市民社会中,平等主体之间的社会关系有多种表现,如宗教关系、党团关系、同学关系、同乡关系、恋爱关系等等,但民法并非调整平等主体之间的所有关系,仅调整尤为重要的财产关系和人身关系。

财产关系,并非财产与财产之间的关系,也不是人与财产之间的关系,而是人与人之间基于财产所发生的具有物质利益内容的社会关系。人们因为生产经营、商品交换、生活消费和经济往来等活动而占有财产、支配财产和转让财产所形成的社会关系,都属于财产关系。财产关系主要包括财产支配关系(静态财产关系)和财产流转关系(动态财产关系)。财产支配关系,是指直接占有、使用、收益和处分财产而发生的社会关系,它反映谁可以拥有财产、可以拥有什么财产、如何拥有财产、拥有财产可以行使哪些权利等内容。民法对这种财产归属与财产支配关系进行调整的法律规则,即为民法的物权制度。财产流转关系,是指因移转财产而发生的社会关系,它反映如何将自己的财产让渡给他人、以何种形式让渡给他人、如何确定交换对价、如何设定交换双方的权利义务等内容。民法对这种财产流转关系进行调整的法律规则,即为民法的债权制度。财产支配关系与财产流转关系紧密相连,相互依存,相互转化。财产支配关系是财产流转关系的目的和前提,而财产流转关系又是取得和实现财产支配关系的重要方式。

人身关系,是指与人身不可分离,并不直接表现为一定物质利益内容的社会关系,主要包括人格权关系和身份权关系。人格权,是民事主体为维系生命健康和人格尊严所必要的权利,包括生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权和隐私权等。身份权,是民事主体为维系特定身份所必要的权利,包括荣誉权、配偶权、亲权和亲属权等。



由此可见,民法所调整的社会关系都是关系国计与民生的最基础、最根本、最重要的社会关系,其不仅关系到市场经济的良性运转,而且涉及人们生老病死、衣食住行等日常生活的方方面面,民法在现实生活中无处不在。

我国《民法通则》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。”该条文对于我国民法调整对象的规定较为科学,但仍然存在以下不足之处:其一,舍弃“自然人”的法律概念,使用“公民”一词,稍欠妥当。“自然人”为各国立法通用的私法概念,能够发挥法律概念承认、共识与储蓄的价值功能。而“公民”则是政治概念,是指拥有一国国籍,并且依据该国宪法和法律享有权利和承担义务的自然人。在民法中舍弃通用的私法概念,改采政治概念,不仅在逻辑上不甚严谨,还会影响法律概念共识功能和沟通功能的发挥。更为重要的是,自然人不仅包括我国公民,还包括外国人和无国籍人。该条文将民事主体限定为我国公民,而将外国人和无国籍人排除在外,不当缩减了我国民法的适用范围。其二,条文所列举的平等主体仅包括公民和法人,未将非法人组织包括在内,不甚合理、全面。实际上,我国立法机关对此有所认识,并在合同法条文中予以更正。《中华人民共和国合同法》第2条就规定:“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。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”

第二节 民法的性质

民法的性质,是指民法固有的根本属性,是民法区别于其他法律部门的重要标志。民法的性质可以概括为:

一、民法是私法

(一)公法与私法的划分标准

公法和私法是一国法律体系最基本的分类,但对公法与私法的划分标准,却存在诸多争议,迄今无定论。瑞士学者何灵加(Hollinger)在其论文《公法与私法的区分标准》中曾列举17种标准,德国学者华尔兹(Walz)在其演讲《关于公法的本质》中提出了12种标准,^①足见公法与私法区分的繁复。目前,公法与私法划分标准的代表学说主要包括:

1. 利益说:该说以法律保护利益的不同作为公法和私法的区分标准,为古罗马法学家乌尔比安(Ulpianus)所倡。该说认为,凡以保护公益为目的者,为公法;以保护私益为目的者,则为私法。乌尔比安就主张:“公法是涉及罗马国家地位的法,私法则是涉及个人利益的法。”^②

但是,公益和私益的区分并非泾渭分明,清晰可见。况且,公益和私益历来都是立法目的的两个维度,几乎每部法律都在同时谋求公益和私益的双重保护。比如,刑法在制裁犯

^① [日]美浓部达吉著:《公法与私法》,黄冯明译,台湾商务印书馆1974年版,第22页。

^② 罗智敏译:《学说汇纂》(第一卷:正义与法·人的身份与物的划分·执行官),中国政法大学出版社2008年版,第7页。



罪,维护社会公共利益的同时,也保护了私人生命和财产的安全。民法在规范私人关系的同时,也将社会公共利益和社会公共秩序的维护作为目标和使命。我国《民法通则》第7条就规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”《中华人民共和国物权法》第7条规定:“物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。”《合同法》第7条也规定:“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”

2. 主体说:该说以法律关系主体的不同作为公法和私法的区分标准,为德国学者耶律内克(Jellinek)所倡。该说认为,所调整的法律关系中,若有一方主体为国家机关的,为公法;法律关系的双方当事人均为私人或私人团体的,则为私法。

但是,公权机关在社会生活中的角色往往是多样的,当其以私权主体的身份从事私法行为时,就不能适用公法进行调整。比如,国家以所有权主体的身份出现时,就应当适用具有私法属性的物权法。公权机关进行政府采购,或者向私人承租房屋时,应当适用具有私法属性的合同法。

3. 关系说:该说以法律关系属性的不同作为公法和私法的区分标准,为德国学者拉邦德(Laband)所倡。该说认为,主体之间的关系若为命令服从关系的,为公法;若为平等协商关系的,则为私法。

但是,公法所调整的法律关系有时也具有平等协商性。比如,国家与国家之间签订的双边条约或多边条约,行政机关之间订立的行政合同等。私法所调整的法律关系有时也带有命令服从色彩。比如,父母与未成年子女之间的监护关系就具有某种程度的命令服从性。

4. 职权说(新主体说):该说以法律关系主体的身份和角色的不同作为公法和私法的区分标准。该说认为,公权机关若以公权载体的身份参与法律关系的,为公法;反之,则为私法。职权说能够克服以上学说的缺陷,因而成为目前学界的通说。^①

综上所述,公法规范的事项主要包括国家机关的组织与权限,国籍的取得和丧失,选举事务,税收稽征,诉讼程序,刑事处罚等。当事人之间的法律关系为命令服从关系。宪法、刑法、行政法、民事诉讼法、刑事诉讼法和行政诉讼法均属于公法。私法规范的事项主要包括所有权、买卖、赠与、租赁、婚姻、父母子女、收养、继承等。当事人之间的法律关系为平等协商关系。民法调整平等主体之间的财产关系和人身关系,以人格平等为基础,以私法自治为原则,自然属于私法。

(二)公法与私法的划分意义

公法与私法的划分,是法治文明的重大成果。德国学者基尔克就认为,公法与私法的区分,是今日法秩序的基础。日本法学家美浓部达吉则将公法与私法的区分称为现代法的基本原则。他认为,对于国家所制定的一切法规,若不究明该规定属于公法或私法,而欲了解其内容和所生效果,盖不可能!^② 具体而言,公法与私法的划分具有以下意义:其一,调整原则不同。公法以约束决策为原则,其基本宗旨在于限制公权。而私法则以自由决策为原则,其根本精神在于保障私权。准确区分公法与私法,才有可能摆正公权与私权、国家与人民、

^① 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年增订版,第12~13页。

^② 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年第4版,第33页。

政府与社会等重大关系。其二,诉讼管辖和诉讼程序不同。在公法案件中,刑事案件由刑事审判庭管辖,适用刑事诉讼法;行政案件由行政审判庭管辖,适用行政诉讼法。而私法案件则由民事审判庭管辖,适用民事诉讼法。

二、民法是权利法

民法的本质就是确认和保障民事主体享有的民事权利,可以说整部民法就是一本权利宣言书。民法是权利法,主要表现为:

权利是民法体系构建的逻辑起点,民法的一切制度都是以权利为核心建立起来的。民事主体制度规范了权利主体资格的取得和丧失;法律行为和代理制度规范了权利的取得方法和行使方式;物权编、债权编、亲属编和继承编赋予主体广泛的民事权利;当权利受到侵害时,民事责任制度和私力救济制度还为民事主体提供了充分的权利救济措施。

民法赋予民事主体丰富多样的民事权利和救济措施。详见图 1-1、图 1-2:

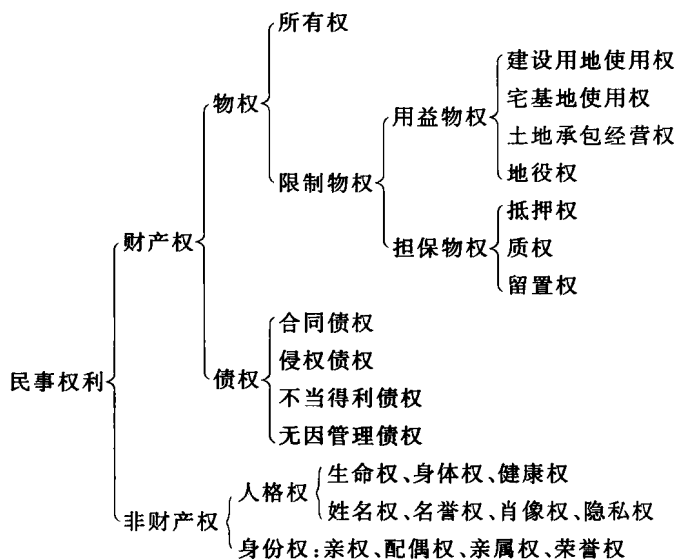


图 1-1 民事权利体系(以自然人为考察对象)

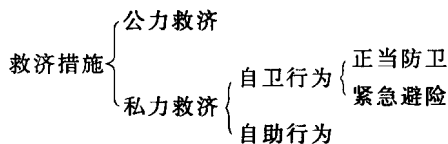


图 1-2 权利救济方式

民法规范在表现形式上多为授权性规范,与刑法、行政法多为禁止性规范有显著不同。民法通过授权性规范告诉民事主体可以怎么做,以肯定的方式保障人的行为自由;刑法则通过禁止性规范告诉人们不应该怎么做,以否定的方式限制人的行为自由。

我国《民法通则》第 1 条开宗明义地将“保障公民、法人的合法的民事权益”作为民法的首要任务;第二章“公民(自然人)”、第三章“法人”规定权利主体的资格;第四章“民事法律行为和代理”规定权利的取得;第五章“民事权利”分四节规定民事权利的内容:第 1 节“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”,第 2 节“债权”,第 3 节“知识产权”,第 4 节“人身权”;