

Ius Romanum et Ius Commune

罗马法与共同法文库·文丛

主编 / 徐涤宇

信赖原理的私法结构

Structure of Reliance Principle

虽 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Ius Romanum et Ius Commune
罗马法与共同法文库·文丛

主编 / 徐涤宇

信赖原理的私法结构

On Structure of Reliance Principle

叶金强 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

信赖原理的私法结构/叶金强著. —北京:北京大学出版社, 2014. 6

(罗马法与共同法文库·文丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 24263 - 6

I. ①信… II. ①叶… III. ①私法 - 研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 108137 号

书 名: 信赖原理的私法结构

著作责任者: 叶金强 著

责任编辑: 陈蔼婧

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24263 - 6/D · 3582

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.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 14.25 印张 214 千字

2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 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

作者简介

叶金强

安徽滁州人，法学博士，南京大学法学院教授、博士生导师，德国洪堡学者，入选教育部新世纪优秀人才计划。主要研究方向为民商法，在侵权法、合同法、私法基础理论等领域发表论文五十余篇。

总 序

本文库(含文丛和译丛)之冠名,若不加阐释,颇有作茧自缚的意味。盖罗马法与共同法之谓,在西方法史上有其特指,由此似已决定本文库的选题仅限于特定的法史范围。

其实,以罗马法与共同法为名,并不意味着本文库崇尚“述而不作,信而好古”之史学幽情。我们提倡的是,过去为当下所用、法律史研究为法律教义学服务——前者的问题意识会受到现行法的影响,问题的解决则以后者为落脚点。易言之,本文库绝无意成为一座博物馆或一块纪念碑。所谓“一切历史都是当代史”、历史书写受“效果历史意识”支配的命题,均可为此种基本立场提供认识论上的支撑。其法律理论上的基础则在于:现行法的内容不是从石头缝里蹦出来的,而是从昨天一直演进到今天的产物。法律制度乃像语言一样的复杂现象,哪里有什么立法者能凭空将其建构出来?诚如萨维尼所言:最重要的是应当认识到当前与过往的生机勃勃的相互联系;否则,我们只能认识到当前法状态的外在表象,而不能把握住其内在本质。

问题在于,我们如何把握这种生机勃勃的相互联系?

一、法律往事重提的实践理由

法律教义学“从某些未加检验就当作真实的,先予的

前提出发”^①，是一门安于体制内的、有封闭倾向的学问。但法律教义学者终究不是“明希豪森男爵”，不能抓着自己的头发进行自我拯救。现代法与现代法学之正当性、科学性危机的诊断与消解，尚须进入法律史才能得到经验层面的切实观照；没有法律史根据的法哲学批判，只会是形而上的玄谈。

遥想当年，基希尔曼冒天下之大不韪发表雄文《论作为科学的法学的无价值性》，其在法学界激起的巨浪今天仍未消退。如果不否认法学主要是以价值为导向的实践性学问，后笛卡尔时代以自然科学为原型的法学范式难逃走进死胡同的宿命，那么，什么构成前此时代被接受的正当裁判规范，彼时的裁判者、解释者又如何获得正当法？新的正当法模式、法学范式完全可以从历史传统中汲取营养。也就是说，通过与不同历史时期的法相比较，作为当前教义学前提的法典法本身产生、适用的特质能得到强烈凸显；从而，其在法哲学外亦能得到反思。

当下中国，撇开与意识形态密切关联的政治法领域不论，立法层面的现代法规范可谓基本齐备，法律教义学得以成为主流的法学研究范式。相形之下，对立法继受之母法及其法律史研究却呈现相当程度的萎缩，似乎从此现行中国法成为完全自给自足的研究对象。诚然，体系化、合理化现行法，以服务于司法裁判作业，为司法裁判“等置”制定法规范与案件事实做准备，是法律学者的重要使命。然而，现行立法、法学的继受属性，乃我国法律学者面临的基本事实：一百多年前，为解决“治外法权”问题，我国引进欧陆法制；改革开放后，以“与国际接轨”“全球化”为口号，我们重整旗鼓、再续变法弦歌。自始在外力刺激下的立法继受，已然决定其先天发育的不足；即便是后天的理论与实践滋养膨胀了我们在制度和理论上的自信，也无法割裂继受的历史性。因此，本文库的旨趣，一方面鼓励以继受母体为主要对象的法律史和比较法研究，另一方面更为强调在历史关联中观照现行中国法的正当性和科学性，凸显其产生和适用的特质。

^① [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第4页。

二、作为“绝对自然法”的罗马法？

古罗马人乃实践理性园地里的天才民族，在从公元前5世纪到公元6世纪的一千多年里，他们发展出一套完善的法律语言系统——诉、债、契约、所有权、遗嘱等，藉此我们得以从法律角度来释读、调整社会经济事实。能与之相媲美的，大约只有古希腊人在哲学领域的成就。

与古罗马法不同，作为其后续发展，中世纪继受意义上的罗马法有其自身的特质。这种肇端于优帝《市民法大全》之学术性发现的罗马法继受，乃以法学的学术架构、方法为目标，因此法学只在它自己划定的范围、以自己的解释内涵来接受罗马法。^①但是，中世纪法律家在欧洲贯彻着一种确信：罗马法具有普世且超越时代的正确性，理性本身在《市民法大全》中化为文字，乃“记述之理性”（*ratio scripta*）。由此，罗马法虽然区别于凭着理性认识到的、建立在自然基础之上的近现代自然法，但它事实上已获得一种“绝对自然法”的地位。在中世纪盛期，这种权威性植基于罗马理念，即罗马帝国在救赎史上是基督徒的法律社会本身（一致性观念），当代世界与罗马法律家的世界根本上是同一的；普世帝国的权力崩溃后，代之而起的则是人文主义法学的确信：“我们这个时代文明的标准，早在古代即已确定。”^②

随着民族国家的兴起，现代的罗马法学家虽仍借用“共同罗马法”（*ius romanum commune*）一词来强调罗马法对所有的人都是开放的，但他们已谦逊地意识到共同的罗马法只是潜在地对不同的民族有效，也就是说，其有效性取决于各民族国家是否将其采用为自己的法（*diritto proprio*）。于是，罗马法体系只是作为保护对共同法以及自有法的运用能够得以继续发展的一种工具，或者是基于其作为“人类共同遗产”的角色，作为各种制度要素的交汇点和对接点而发挥其功能。^③ 本文

① 参见〔德〕弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》（上册），陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第108、109页。

② 同上，第36页以下。

③ 参见意大利著名罗马法学家桑德罗·斯奇巴尼为《罗马法与共同法》辑刊（法律出版社）所作序言（黄美玲译）。

库所谓的罗马法,正是在这种意义上展开的。

三、走向自有法与共同法的辩证关系模式

共同法或普通法(*ius commune*),在历史上特指12世纪罗马法原始文献被重新发现至18世纪自然法法典编纂期间,以罗马法和教会法为基础、在欧陆具有共同效力的法律和法学。^①降至当代,经由重新诠释,共同法概念复为欧盟和拉丁美洲私法统一运动提供法律文化上的正当性^②;在实在法文本上,现行《魁北克民法典》在序编即明确该法典明示或默示地规定了共同法(*jus commune*),它构成其他法的基础^③;在司法实践层面,学者在欧洲法院的诸多判例中发现了罗马法和

① 参见网络词典 Wikipedia“*jus commune*”词条,http://en.wikipedia.org/wiki/Jus_commune。关于欧洲共同法或普通法更详细的阐述,请参见[美]H·J. 伯尔曼、约·雷德:《罗马法和欧洲普通法》,陈健译,载《研究生法学》1996年第1期。

② 在欧洲,代表性的观点可参见:Reinhard Zimmermann, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in *Towards a European Civil Code*, 4th ed., Arthur Hartkamp et al, eds., Kluwer Law International, 2011。关于新共同法的集中评论,可参见 R. C. 范·卡内冈:《欧洲法:过去与未来——二千年来的统一性与多样性》,史大晓译,清华大学出版社2005年版,第32页以下。在拉美,有学者提出作为共同法或曰普通法(*ius commune*)的拉丁美洲法这一概念,认为罗马法曾是世界范围内的普通法,而在历史上作为欧陆普通法重要法源的罗马法,应该成为认定和构建一个真正的拉丁美洲法的基础;该法不仅要在国际法院的层面,而且也要在国内法院的层面得到适用。参见[秘鲁]埃尔维拉·门德斯·张:《作为拉丁美洲一体化进程中统一因素的罗马法:对普通法的反思》,徐涤宇译,载杨振山、[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法·中国法与民法法典化——物权和债权之研究》,中国政法大学出版社2001年版。

③ 其原文为:“The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.”

共同法,以及在此基础上形成和发展的欧洲民法的一般原则。^①这种借助法的历史渊源展开的逻辑,表达的仍然是一种法的普世主义(universalism)理念:共同法超乎各民族或各法域的固有法之上,具有普世且超越时代的正确性,代表着法的理想状态。

在结识意大利 Trento 大学 Diego Quagliani 教授和法律史大家 Paolo Grossi^② 教授之前,我也一直认为共同法是普世的,它凌驾于各法域自己的法之上。但二位教授非常严肃地指出我对共同法的认识误区:在中世纪其实有两个层次的法共生共存,即自有法(*iura propria*)与共同法(*ius commune*)。其中,*iura propria* 是复数的,而 *ius commune* 是单数的,易言之,自有法具有多样性,如封建法、王室法、庄园法、城市法、行会法等等,共同法则是统一的。虽然共同法被视为面对所有人、所有问题的解决手段,但自有法优先于共同法得到适用,共同法仅具有补充适用的效力。因为依据中世纪的法律观,越小范围法域之法优先于越大范围法域之法。^③ 复数的自有法与普遍的共同法处于紧密的辩证关系中:它们都是法,相互之间并没有高低之别,没有法源等级差异。

在今天主权国家的框架下,谦抑的共同法与自有法辩证关系模式仍具有借鉴意义。法的地方性差异应被尊重和关注;在“地方性知识”有缺漏的情况下,在历史的和比较的基础上获得的共同法可以完善和补充自有法。这颇类似于当事人缔结的合同条款与有名合同之任意性规范的适用关系:当事人的意思表示具体而个别化,它优先于制定法中有名合同的规定而被适用;后者通用于同类型的合同,其功能仅在于补充当事人意思表示的不足。

① 参见〔德〕罗尔夫·克努特尔:《罗马普通法和罗马法对欧洲联盟法院的影响》,米健译,载《外国法译评》1998年第1期。关于欧洲法官在新共同法中的角色和作用,可参见〔法〕米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《欧洲法官在共同法复兴中的作用——含义及局限性》,张莉译,载《法学家》1999年第4期。

② 斯人为“新欧洲法律史”的代表人物,关于以他为首的意大利该学派的介绍,请参见梁治平先生为葡萄牙学者叶士朋教授的著作《欧洲法学史导论》(吕平义、苏健译,中国政法大学出版社1998年版)所作序言以及该书第23页以下。

③ 参见前引维亚克尔书,第116页。

四、本文库的任务

因此,毋宁说,本文库致力于对立法继受之母法、法学作“历史深描”,特别是对大陆法系源头的罗马法、共同法,其结构、功能、价值前提与推理方法予以深挖,主张将之作为现行法解释适用时的补充,以完成中国的“现代运用”。并且,本文库冠名为“罗马法与共同法”,并不是要将之奉为现行法正当与否的检验标准,作为超乎其上的典范,而是倡导面向社会交往实际和法的地方性差异,发挥罗马法和共同法为“地方性知识”拾遗补缺的功能。所以,我们不仅欢迎关于罗马法、共同法之前世今生的研究,而且也愿意为面向中国问题、建立在法的地方性差异基础上的比较研究提供平台。

徐涤宇

2013年9月24日

目 录

第一章 导论 / 1

第一节 问题意识 / 1

第二节 术语界定 / 4

第三节 研究进路与方法 / 12

第二章 范式转换背景下的私法原理 / 16

第一节 问题的提出 / 16

第二节 学说整理与检讨 / 18

第三节 私法的实质化：从形式法到实质法的 变迁 / 22

第四节 私法方法的更新：从概念法学到评价 法学 / 29

第五节 私法本体与私法方法：诠释学角度的 理解与反思 / 35

第六节 私法论辩的理由与过程：原理之间的 角力 / 43

第三章 信赖原理的正当化途径 / 55

第一节 信赖原理的正当化：经济分析的视角 / 55

第二节 信赖原理的正当化：社会学的视角 / 67

第三节 信赖原理的正当化：法伦理的视角 / 76

第四章 信赖原理的事实结构 / 86

第一节 信赖的存在 / 86

第二节 信赖者因信赖而行为 / 108

第五章 信赖合理性之判断 / 115

第一节 信赖合理性要求之基础 / 115

第二节 理性人标准的构建与适用 / 117

第三节 合理性判断中的特殊问题 / 135

第六章 责任者的可归责性 / 141

第一节 责任者可归责性之功能 / 141

第二节 可归责性的类型化 / 150

第三节 可归责性之例外：风险领域理论的运用 / 165

第七章 信赖原理的私法效果 / 171

第一节 效果类型与效果确定的考量因素 / 171

第二节 信赖利益损失赔偿义务的发生 / 175

第三节 信赖者所追求效果的发生 / 179

第四节 效果的弹性化：以合同解释为例 / 187

第八章 结论 / 202

第一节 本书的主要观点 / 202

第二节 本书的主要创新点 / 203

参考文献 / 206

第一章 导 论

第一节 问题意识

人文世界秩序不同于自然秩序,系以一定的人文价值为核心。人类伦理实践的展开,在自然约束的基础上以价值为导向,价值通过特定技术实现于生活之中,日积月累的经验使得价值实现的精确度日益提升。私法价值是人类伦理价值的一部分,为了妥当实现私法价值,法学以体系思维这样的技术性方法,试图构建私法的价值体系,确定各种价值的位阶,廓清各项价值的边界,并借助逻辑体系的支持,通过实践中丰富的司法技术,寻求价值实现的妥当途径。这样的逻辑体系与价值体系,被拉伦茨分别称为外在体系与内在体系。^①

传统私法价值体系的核心是私法自治,契约自由、所有权神圣、过失责任等,分别体现了私法各领域中的自治精神。但是,现代私法中私法自治却已受到了有力挑战,私主体之间实力的悬殊造成自治的扭曲,使自治遭受了诸多责难,私法自治也因此被修正。在契约法领域中,劳动合同的析出、消费者合同的单列、格式合同的规制等,汇成对契约正义的追求。资源有限性以及共同体主义的影响,使得“社会化”了的所有权,受到越来越多的约束^②,而侵权责任也不再局限于对行为人的责难。身处高风险的现代社会,使我们不得不更多地考虑受害人损失的分担,危险责任的出现与扩张、责任保险的发达,极大地冲击

^① 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,台北五南图书出版股份有限公司1996年版,第355页以下。

^② 阿蒂亚指出,财产自由是契约自由时代的先驱,正是买卖、管理和开发所有形式的财产的自由,导致对绝对的契约自由的需要,而契约自由的衰落同样与财产自由的衰落紧密并行。参见 P. S. Atiyah, *the Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 727。

着传统的侵权行为法理论。

与此同时,逐渐生成与发展起来的信赖保护理念,形成了传统私法自治理念另一个强劲的对手。在私法的各个领域,自治与信赖保护之间形成的推拉,成为型构制度的决定性力量。在直接体现私法自治的法律行为领域,也已有学者指出:信赖原则与自我约束原则共同构成了法律行为交往中的基本原则。^① 意思表示解释理论由意思主义向表示主义的演变、侵权过失标准的“客观化”、物权表征方式公信力之认可、商法外观主义的兴盛等,已使信赖原理成为现行私法制度的根基之一。而这些具体的信赖保护制度,基本上均构成了对传统私法自治的限制。^②

所有这些,预示的似乎都是私法自治的“衰落”。但是,自治与人之尊严的本质联系,使我们不得不产生这样的疑虑:对私人生活中自由的过度约束,是否会对人类社会基本价值构成根本性侵蚀?剔除了自治的私法还能剩下点什么?在现代社会中,何以一面是人权、人格尊严的高歌猛进,一面却是私法自治的“衰落”?而福利国家中隐存的担忧是:人会不会逐渐沦为仅具有消费功能的、主体性被逐渐销蚀的“物”?此外,自治与效率密切相关,哈耶克指出:自由的主要目的在于向个人提供机会和动因,以使个人所具有的知识得到最大限度的使用。^③ 人类社会的知识分立于个人,知识均是个人知识,知识的有效利用是社会经济效率基础。这样,自治的“衰落”又如何能够与经济发展的要求相协调?

这些问题最终指向的是私法自治的双重基础:伦理基础与效率基础。如果这两个基础没有丧失,私法自治就不可能被颠覆。近代私法

① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东、程建英、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第59页。

② 不过,侵权过失标准的“客观化”似有所不同,此一过失责任之内在调整,虽然体现了对受害人合理信赖保护的加强,但其过失责任的意蕴未变,仍体现着私法自治的精神。这可能增加了将其构建到统一的信赖原理之中去的难度,在这一同样体现信赖原理的制度中,所要考量的因素也会有所变化。但是,它与其他信赖保护制度共通的特征——“视角转换”,仍然可以成立。此外,此处的私法自治未受冲击,似乎也预示着在其他信赖保护制度中,法律效果的正当化同样可从自治的角度得以解释。

③ 参见[英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知·三联书店1997年版,第96页。

的自治精神是建立在康德伦理人格主义哲学之上的。康德指出:道德的人格不是别的,它是受道德法则约束的一个有理性的人的自由;只有一种天赋的权利,即与生俱来的自由。^①而在现代社会,人之自由的伦理价值实际上不是被弱化了,而是在不断被强化。人依其本质属性,有能力在给定的各种可能性的范围内,自主和负责地决定他的存在和关系,为自己设定目标并对自己的行为加以限制。^②同时,在这样的伦理预设之下,个人目标的实现决定着整个社会的福利水平,而每个人是其自身利益的最佳判断者,故从知识分立及信息成本的角度观察,自治仍然是有效率的,反自治会导致低效率。这样,私法自治的伦理与效率基础仍在。由此,笔者隐约的感觉便是,现代私法的变迁可能被无情地误读了,私法需要新的诠释。

私法具体价值变迁的再诠释,是一个极其宏大的主题。笔者无力也无意于此一主题的全面展开,只拟将本书的主题限定于信赖原理之一端,试图在将信赖原理展开的同时,探寻信赖原理与自治原理的亲 and 关系,以及信赖原理私的角度的正当化途径。对此,笔者已作出了一些初步努力:在有关合同解释的研讨中,笔者业已分析了在表示主义之双重合理性标准之下,当事人的自治是如何可能的,言明了合同解释标准的变迁,并没有使自治受到实质性损害,谨慎的当事人仍然可以将合同作为自治的工具^③;在物权表征方式公信力的研讨中,笔者着力强调对原权利人不利益的附加,除了第三人信赖合理性等要件之外,尚需原权利人归责性的存在,从而使信赖保护可以和私法自治相协调^④;在侵权过失标准的研讨中,笔者所主张的统合主观过失与客观过失的过失判断之信赖标准,在保护受害人的合理信赖的同时,可以

① 参见〔德〕康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第26、50页。

② 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东,等译,法律出版社2003年版,第45页。

③ 参见叶金强:《合同解释:私法自治、信赖保护与衡平考量》,载《中外法学》2004年第1期。

④ 参见叶金强:《公信力的法律构造》,北京大学出版社2004年版,第121、206页。

兼顾行为人适度的自由,化解过失“客观化”对过失责任原则的冲击。^①

在上述研究的基础上,笔者于此拟将问题置于更为一般的层面来讨论,从具体的信赖保护制度中抽取统一的信赖原理,详细考察信赖原理适用中的考量因素,描绘信赖原理的精神特质,分析信赖原理所保护之利益的私的属性,探求信赖原理与自治原理之间的内在勾连,并重新审视私法自治的精神内核。最终,将在与自治原理等私法原理的相互限制与补充之中,建立起信赖保护一般理论,完成信赖原理的构筑,为私法价值体系的构建尽绵薄之力。

第二节 术语界定

一、私法

私法的界定离不开私法、公法之划分,大陆法系法律的主要分类便是私法、公法的划分。^② 通说认为,私法、公法之划分源于罗马法,乌尔比安指出:法律学习分为两部分,即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法涉及个人利益。^③ 不过,也有学者认为,私法可以追溯到亚里士多德,亚里士多德对矫正正义(corrective justice)的说明,是关于私法关系形式的最早的、在许多方面仍然是最权威的描述。在法哲学的历史中,私法是亚里士多德的发现。暗含在亚里士多德追问中的是私法的基本问题:是什么赋予特定原告以起诉特定被告并获得救

① 参见叶金强:《侵权过失标准之具体构造——信赖原理之下的过失理论》,载江平主编:《侵权行为法研究》,中国民主法制出版社 2004 年版,第 176—179 页。

② 参见〔美〕约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社 2004 年版,第 96 页。

③ 参见〔罗马〕查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆 1989 年版,第 5—6 页。《法学阶梯》为罗马皇帝优士丁尼(Justinianus,也译为查士丁尼)所主持编纂,是对罗马法学家同类著作的单纯汇编,其中的公法、私法等定义,来自法学家乌尔比安。参见〔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 2—9 页。

济的权利?^①

私法、公法的划分标准向有争论,王泽鉴先生归纳出四种主要学说:利益说认为,以公益为目的者为公法,以私益为目的者为私法;从属规范说认为,规范隶属关系者为公法,规范平等关系者为私法;主体说认为,法律关系主体一方或双方为国家或机关者为公法,法律关系主体双方均为私人者为私法;新主体说认为,国家机关以公权力主体地位作为法律关系主体者,所适用法律为公法,对任何人皆可适用者为私法。^② 在上述各说中,利益说的缺陷在于,公法、私法所保护的利益均包括公益与私益。对此,哈耶克提出了尖锐的批评,指出:公法与私法这两个术语具有误导性,因为它们与私人利益与公共利益之间的相似性,很容易使人们错误地认为,私法只服务于特定的私人利益,而唯有公法服务于普遍利益……认为唯有公法服务于普遍利益、私法只保护个人私利的观点,乃是对是非的完全颠倒。^③ 而从属规范说的不足在于,私法也调整隶属关系,例如亲权关系,公法也调整平等关系,例如两个地方政府之间的关系。主体说的不足在于,国家或机关也可以从事私法行为,例如租赁房屋、购买物品等。

新主体说现为通说,依据该说,“某个公权主体以公权主体的身份参与法律关系,则存在公法关系”^④;“如果在某项需要调整的法律关系中,至少有一方当事人正是以公权主体的性质参加这项法律关系,这项法律关系就属于公法范围,不符合这一条件的所有的法律关系都属于私法范围”。^⑤ 但新主体说存在的问题是:什么时候,主体行使的是公权,且行使的方式足以表明国家是在上述定义的意义参与法律关系?梅迪库斯因而认为,任何一种旨在用一种空洞的公式描述公法与私法之间界限的尝试,都是徒劳无益的,而起决定意义的标准是:公

① 参见 Ernest J. Weinrib, *the Ideal of Private Law*, Harvard University Press, 1995, p. 56。

② 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社 2009 年版,第 10 页。

③ 参见〔英〕哈耶克:《法律、立法与自由》(第 1 卷),邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 209 页。

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 12 页。

⑤ 〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东、程建英、谢怀栻译,法律出版社 2003 年版,第 5 页。