

民法总则

陈华彬
◆
著

陈华彬作品系列

The General
Principles of
Civil Law

◆ 中国政法大学出版社



民法总则

陈华彬 著

陈华彬作品系列

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

民法总则/陈华彬著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 8
ISBN 978-7-5620-7678-0

I. ①民… II. ①陈… III. ①民法—总则—中国 IV. ①D923.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第194747号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印 北京中科印刷有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 46
字 数 700 千字
版 次 2017 年 8 月第 1 版
印 次 2017 年 8 月第 1 次印刷
定 价 99.00 元

著者简介

陈华彬，我国当代主要民法学家之一，中央财经大学教授、博士生导师、博士后合作导师，法学博士，教育部新世纪优秀人才支持计划入选者（2008年），《财经法学》期刊主编，最高人民法院案例指导工作专家委员会委员，中国保险法学研究会副会长。

目录

CONTENTS

第一章 民法概说 001

第一节 民法的语源、调整对象与分类 | 001

一、民法的语源 | 001

二、民法调整的社会关系 | 004

三、民法的分类 | 008

第二节 法律体系——公法、私法与社会法 | 010

一、公法与私法（民法）区分的源起 | 010

二、公私法区分的标准及其评析 | 013

三、公私法区分反对论 | 019

四、我国区分公私法的必要性、实益与民法的地位 | 020

五、公私法区分的法律效果 | 027

六、公法与私法的关系 | 028

七、兼有公法规范与私法规范的公私混合法：社会法的形成 | 029

第三节 民法的性质 | 033

- 一、民法为市民社会的法 | 033
- 二、民法为私法 | 033
- 三、民法为实体法 | 033
- 四、民法为普通民法 | 034
- 五、民法为行为规范兼裁判规范 | 036
- 六、民法为任意法兼强行法 | 036
- 七、民法为国内法 | 037
- 八、我国民法为继受法兼固有法 | 037
- 九、民法大多为原则法，少数为例外法 | 037
- 十、民法为关于人的法 | 038
- 十一、民法为权利法 | 040

第四节 民法的编纂 | 041

- 一、概要 | 041
- 二、民商分立与民商合一 | 042
- 三、民法的编纂（一）：罗马式 | 045
- 四、民法的编纂（二）：德国式 | 045
- 五、民法总则的构成 | 055
- 六、民法总则的优点与缺点 | 058
- 七、日本等大陆法系国家和美国等英美法系国家的民法典编纂
或与民法典编纂有关的民事法律的制定 | 061
- 八、中国民法的沿革与发展 | 064

第五节 民法的人像与基本原则的演进、变迁 | 070

- 一、民法的人像 | 070
- 二、民法财产法的基本原则 | 071
- 三、民法身份法（婚姻家庭法与继承法）的基本原则 | 080
- 四、当代民法面临的难题 | 082

第六节 民法的法源 | 085

- 一、法源的意义与民法的法源 | 085
- 二、大陆法系国家（尤其是中国）民法的法源 | 086
- 三、英美法系国家民法的法源 | 096

第七节 民法与邻近法律部门 | 096

- 一、民法概要 | 096
- 二、民法与邻近法律部门 | 097

第八节 民法的效力、适用与解释方法 | 104

- 一、民法的效力 | 104
- 二、民法的适用原则 | 107
- 三、民法适用的逻辑与民法解释方法 | 109

第九节 民法学及其学习方法 | 111

- 一、民法解释论与立法论 | 111
- 二、民法的学习方法 | 113

第二章 民法的发展史概览 115

第一节 罗马民法 | 116

- 一、公元前 753 年至公元前 202 年第二次布匿战争
结束（第一个时期） | 117
- 二、公元前 202 年至公元 235 年塞维鲁王朝灭亡
（第二个时期） | 118
- 三、235 年至 6 世纪中叶优士丁尼编纂《民法大全》
（《国法大全》《罗马法大全》，第三个时期） | 120

第二节 日耳曼民法 | 125

- 一、概要 | 125
- 二、日耳曼民法的特性 | 126

第三节 中世纪民法 (476—1500 年) | 128

- 一、概要 | 128
- 二、中世纪初期：部族 (Stamm) 法时期 (5—9 世纪) | 130
- 三、中世纪中期：封建法时期 (10—12 世纪) | 133
- 四、中世纪末期：城市法 (Stadtrecht) 时期
(13—15 世纪) | 136
- 五、中世纪的法律书籍与《萨克森宝鉴》 | 142
- 六、中世纪德国继受罗马法 | 143

第四节 近代民法的编纂 | 145

- 一、《巴伐利亚马克西米利安民法典》(1756 年) | 145
- 二、《普鲁士普通邦法》(1794 年) | 146
- 三、《法国民法典》(1804 年) | 147
- 四、《奥地利普通民法典》(1811 年) | 152
- 五、《智利共和国民法典》(1855 年) | 153
- 六、《萨克森民法》(1863 年) | 154
- 七、德累斯顿草案 (1866 年) | 155
- 八、有价证券法和普通商法典 | 156
- 九、《德国民法典》(1896 年) | 158
- 十、《日本民法》(1896 年) | 167

第五节 现代民法的编纂 | 175

- 一、《瑞士民法典》(1907 年) | 175
- 二、《中华民国民法》(1929—1930 年) | 183
- 三、《埃及民法典》(1948 年) | 189
- 四、《韩国民法典》(1958 年) | 190
- 五、《苏俄民法典》(1964 年) | 190

第六节 当代民法编纂运动 | 191

- 一、《埃塞俄比亚民法典》(1960 年) | 191
- 二、《葡萄牙民法典》(1966 年) | 191

- 三、新《荷兰民法典》(1970年至2003年一些部分陆续生效) | 192
- 四、《阿尔及利亚民法典》(1975年) | 193
- 五、《朝鲜民法》(1990年) | 194
- 六、《俄罗斯联邦民法典》(1994年) | 195
- 七、《蒙古国民法典》(1994年) | 195
- 八、《越南社会主义共和国民法典》(1995年) | 196
- 九、中亚一些国家的民法典编纂 | 196

第三章 民事法律关系与民事行为能力 | 197

第一节 民事法律关系的涵义、特性与构成要素 | 197

- 一、民事法律关系的涵义与民事法律关系的普遍性 | 197
- 二、民事法律关系的特性 | 199
- 三、民事法律关系的构成要素 | 201

第二节 民事行为能力 | 208

- 一、概要 | 208
- 二、民事权利能力 | 209
- 三、民事行为能力 | 224
- 四、民事责任能力 | 228

第四章 民事权利、民事义务与民事责任 | 230

第一节 民事权利、民事义务与民事法律关系 | 230

第二节 民事权利(权利)的语源、本质、功能及其周边 | 232

- 一、民事权利的语源 | 232
- 二、关于民事权利的本质的学说 | 233
- 三、权利的定义和特性 | 237
- 四、权利的功能 | 240
- 五、与权利或民事权利相邻近的概念 | 241

第三节 权利的分类及其实现 | 242

一、公权、私权（权利）、社会权及私权力 | 242

二、私权（民事权利或权利）的分类 | 244

三、权利与民法的关系 | 260

四、权利的竞合 | 260

五、民事权利的实现 | 262

第四节 民事义务 | 267

一、关于义务本质的诸学说 | 267

二、义务的涵义与特性 | 268

三、义务的内容 | 271

四、义务的分类 | 271

五、义务的履行 | 276

六、权利与义务的关系 | 276

第五节 民事责任 | 278

一、民事责任的涵义 | 278

二、民事责任与民事义务 | 279

第六节 权利的内容与行使的限制 | 281

一、概说 | 281

二、对权利的内容的限制：公共福祉原则 | 282

三、对私权的行使的限制 | 283

四、权利的自力救济 | 292

五、见义勇为等“好人法”行为 | 303

第五章 民事主体——自然人 | 305

第一节 概要 | 305

第二节 自然人的民事权利能力、民事行为能力、民事责任能力及程序法上的能力 | 308

一、自然人的民事权利能力	1 308
二、自然人的民事行为能力	1 309
三、自然人的民事责任能力	1 321
四、程序法上的能力	1 321
第三节 监 护	1 321
一、概要	1 321
二、未成年人的监护人	1 322
三、无民事行为能力或限制民事行为能力的成年人的监护人	1 322
四、监护人资格的确定、争议与监护资格的撤销	1 323
五、监护人的职责与权利	1 324
六、监护的终止	1 324
七、域外法上的自愿设立监护人与我国法上的成年人监护制度	1 325
第四节 宣告失踪	1 326
一、概要	1 326
二、确定财产代管人	1 327
三、代管人的职责	1 327
四、失踪宣告的撤销	1 328
第五节 宣告死亡	1 329
一、概要	1 329
二、宣告死亡的要件	1 330
三、宣告死亡、宣告失踪有争议时的处理及被宣告死亡日期的确定	1 332
四、宣告死亡的效力	1 332
五、死亡宣告的撤销及其法律后果	1 335
六、申请宣告失踪人死亡的人的顺序	1 337
七、日本的战时死亡宣告	1 337
第六节 人格权及其保护	1 338
一、概要	1 338

- 二、人格权的基本理论 | 339
- 三、人格权保护的价值 | 343
- 四、人格权于民法典中的体例安排 | 345
- 五、各种具体（特别）人格权 | 346
- 六、人格权的保护方法 | 362
- 第七节 身份权 | 364**
 - 一、概要 | 364
 - 二、各种具体的身份权 | 365
- 第八节 住所 | 366**
 - 一、住所的基本概要 | 366
 - 二、住所与居所 | 368
 - 三、临时住所 | 368
 - 四、自然人住所与法人住所 | 368

第六章 民事主体——法人 | 370

第一节 法人的意义 | 370

- 一、法人的意义、源起、形成与发展 | 370
- 二、团体、财产集合体被赋予法人格的法律意义 | 374
- 三、构成法人的契机 | 376
- 四、法人的本质 | 377
- 五、法人的种类 | 386

第二节 法人的设立、登记和住所 | 395

- 一、法人的设立 | 395
- 二、我国法人设立的原则 | 396
- 三、法人的登记 | 398
- 四、法人的住所 | 399

第三节 法人的能力 | 399

一、概要 | 399

二、法人的民事权利能力 | 400

三、法人的民事行为能力 | 402

四、法人的民事责任能力 | 404

第四节 法人的组织（机关） | 406

一、概要 | 406

二、法人的机关与代理 | 407

三、执行法人或者非法人组织工作任务的人员与法人的关系 （委托代理） | 407

四、我国企业法人的机关 | 408

五、我国非企业法人的机关 | 408

第五节 法人的消灭 | 408

一、法人的解散 | 409

二、法人的清算 | 410

第六节 外国法人 | 413

一、外国法人的涵义 | 413

二、对外国法人的认许 | 413

第七章 非法人组织 | 414

第一节 概 要 | 414

第二节 非法人组织的要件及与法人的实质差别 | 415

一、非法人组织的要件 | 415

二、非法人组织与法人的实质差别 | 416

第三节 非法人组织的分类及其他问题 | 417

一、非法人组织的分类 | 417

二、非法人组织的其他问题 | 417

第八章 权利客体 | 419

第一节 概 说 | 419

一、权利客体的意义与关于物的立法成例 | 419

二、权利标的 | 420

三、关于财产 | 421

第二节 物 | 422

一、物的涵义 | 422

二、物的分类 | 430

第三节 行为、权利、人身利益和智力成果 | 450

第九章 民事权利的变动与民事法律行为 | 452

第一节 民事权利的变动 | 452

一、民事权利的发生 | 452

二、民事权利的变更 | 453

三、民事权利的消灭 | 454

四、引起民事权利变动的原因 | 454

第二节 法律行为概要 | 454

一、法律行为概念的肇源、扩展、功能及内容 | 454

二、法律行为概念的价值与意蕴 | 457

三、法律行为的涵义 | 458

四、法律行为与意思表示 | 459

五、法律行为与私法自治（意思自治） | 460

六、私法自治原则与合同自由的关系 | 462

七、私法自治原则的功能与限制 | 463

八、私法自治的实践 | 465

第三节 法律行为的分类 | 465

- 一、单独行为（单方行为）、双方行为（契约、合同）、共同行为（合同行为、协同行为）及协约 | 465
- 二、要式行为与不要式行为 | 468
- 三、生前行为与死因行为 | 469
- 四、财产行为与身份行为 | 470
- 五、有因行为（要因行为）与无因行为 | 471
- 六、要物行为与不要物行为 | 473
- 七、有偿行为与无偿行为 | 473
- 八、主行为与从行为 | 474
- 九、独立行为与辅助行为 | 475
- 十、负担行为与处分行为 | 475
- 十一、债权行为、物权行为与准物权行为 | 478
- 十二、大量行为、协定行为与集团合同 | 478
- 第四节 法律行为的成立、生效及标的 | 479
 - 一、法律行为的成立 | 479
 - 二、法律行为的生效 | 480
 - 三、法律行为的标的 | 481
- 第五节 意思表示 | 487
 - 一、意思表示的涵义 | 487
 - 二、意思表示的构造 | 488
 - 三、意思主义、表示主义及折中主义 | 491
 - 四、意思表示的效力发生（意思表示的生效） | 492
 - 五、到达主义 | 495
 - 六、发信主义 | 497
 - 七、承诺生效的发信主义与到达主义的比较 | 497
 - 八、依公示的意思表示（公示送达） | 499
 - 九、法律拟制 | 500
 - 十、意思表示的发出与撤回 | 500

十一、意思表示的种类 | 501

十二、意思表示的瑕疵（意思表示不真实） | 503

第六节 法律行为附条件、附期限与附负担 | 527

一、法律行为附条件 | 527

二、法律行为附期限 | 537

三、法律行为附负担 | 541

第七节 法律行为的解释 | 542

一、法律行为解释的必要性 | 542

二、解释的原则 | 543

三、解释的标准 | 544

四、解释意思表示的方法 | 545

第八节 民事法律行为的效力 | 547

一、民事法律行为概要 | 547

二、无效的（民事）法律行为 | 547

三、可撤销的（民事）法律行为 | 551

四、效力未定的（民事）法律行为 | 557

第九节 公序良俗原则 | 562

一、概述 | 562

二、公序良俗违反行为的类型 | 563

三、暴利行为与不公正交易 | 566

四、显失公平与乘人之危 | 567

五、公序良俗违反的判定时期 | 568

六、公序良俗违反的效果 | 569

七、公序良俗违反与其他制度的关系 | 570

第十章 代理 | 572

第一节 概 说 | 572

- 一、代理的涵义、源起、确立及存在理由 | 572
- 二、代理的法律本质 | 575
- 三、代理的三面关系与本人的能力 | 576
- 四、代理的分类 | 578
- 五、代理的适用范围 | 583
- 六、与代理相类似的制度 | 585

第二节 代理权（本人与代理人的关系） | 591

- 一、代理权的地位与性质 | 591
- 二、代理权的性质应采权力说 | 593
- 三、共同代理权与集合代理 | 595
- 四、代理权发生的原因（代理权授予行为） | 595
- 五、代理权与基础关系的界分 | 598
- 六、因被代理人欺诈而授予代理权 | 600
- 七、代理权滥用的禁止 | 600
- 八、代理权的行使 | 601
- 九、代理权的范围（对外的权限范围） | 603
- 十、代理权的消灭 | 606

第三节 代理行为 | 608

- 一、代理行为的地位 | 608
- 二、代理行为的成立 | 609
- 三、代理行为的生效 | 611
- 四、代理的效果 | 613

第四节 委托代理 | 614

- 一、关于委托授权 | 614
- 二、授权委托书 | 617

第五节 法定代理与指定代理 | 618

一、法定代理 | 618

二、指定代理 | 619

第六节 无权代理 | 620

一、无权代理（广义与狭义无权代理）的涵义、特性与类型 | 620

二、本人的追认与追认拒绝 | 623

三、无权代理人的责任 | 625

四、无权代理与表见代理的关系 | 627

五、无权代理与继承 | 627

六、表见代理 | 629

第十一章 民事责任 | 637

第一节 概述 | 637

第二节 民事责任与债及民事责任与民事义务的界分、
独立和粘连 | 638

第三节 《民法总则》对诸民事责任的厘定或明确 | 640

一、民事责任的发生因由，尤其是份额（按份）责任、
连带责任的法理及规则的厘定 | 640

二、民事责任的承担方式与不可抗力的界定、免责的集中
统一的厘定 | 643

三、正当防卫和紧急避险，尤其是实施二者行为过当时的
民事责任 | 644

四、为匡正社会风气而厘定的民事责任规则 | 646

五、英雄烈士等的人格权益受保护规则 | 647

六、违约责任与侵权责任竞合时的责任承担方式选择 | 649

七、民事主体同时承担民事、行政或刑事责任时，民事责任
优先 | 649

第十二章 诉讼时效 | 651

第一节 时效概说 | 651

一、时效的涵义、性质与两种时效类型 | 651

二、时效的肇源与演进 | 653

三、时效制度存在的理由与旨趣 | 654

四、消灭时效的效果 | 656

五、与消灭时效类似的制度 | 656

第二节 诉讼时效的客体 | 662

一、概述 | 662

二、我国诉讼时效的客体 | 664

第三节 诉讼时效的期间 | 677

一、诉讼时效期间的分类 | 677

二、普通诉讼时效期间 | 677

三、最长诉讼时效期间 | 679

四、普通、最长及特殊诉讼时效期间的适用原则 | 680

第四节 诉讼时效的起算、中止、中断和延长 | 680

一、诉讼时效期间的起算 | 680

二、诉讼时效的中止 | 682

三、关于未成年人受性侵害的请求权的时效中止 | 685

四、诉讼时效的中断 | 685

五、诉讼时效的延长 | 688

第五节 诉讼时效完成后的法律效力 | 688

一、诉讼时效的援用 | 688

二、时效规定的强行性与时效期间届满后义务人之抛弃（放弃）

时效利益 | 691

三、诉讼时效完成对义务人的效力 | 693

四、诉讼时效完成对权利人的效力 | 694

五、义务人主张抗辩权后请求权的实现途径 | 696

六、诉讼时效的效力及于从权利 | 698

第十三章 期日、期间及其计算 | 699

第一节 期日与期间的意义 | 699

一、时间的重要意义 | 699

二、期日与期间的界分 | 699

第二节 期日与期间的计算 | 700

一、期间的计算方法 | 700

二、期间的起算点 | 701

三、期间的终止点 | 701

四、期间末日的延长 | 702

第十四章 民法世界的现况与其展望 | 703

一、民法处理的问题与民法和宪法 | 703

二、近年来民法修改的国际动向 | 704

三、21世纪的民法指向的目标 | 706

主要参考文献 | 711

后 记 | 716

第一节 民法的语源、调整对象与分类

一、民法的语源

民法 (Zivilrecht) 一词来源于古罗马的“市民法” (ius civile), 意指“罗马国民的特有的法”, 而“ius civile” (市民法) 一语与适用于“一切人民的共通的法律”的“万民法” (ius gentium) 则是一个对应的概念。对于罗马人来说, “市民法” (ius civile) 就是罗马法或为 Quirites (罗马人, Romani) 的法律 (ius Quiritium)。及至公元3世纪初, 随着罗马领域内的全体居民原则上均被赋予“罗马市民权”, 在罗马领域内, “市民法” (ius civile) 与万民法 (ius gentium) 于理论上的对立亦就失去了其意义。往后至中世纪时期, 市民法 (ius civile) 一语被作为广义的罗马法的称谓而使用。当提及市民法 (ius civile) 或《罗马法大全》《民法大全》《国法大全》 (Corpus iuris civilis) 时, 就意指优士丁尼 (Iustinianus) 编纂的法典, 它与教会法 (ius canonicum)¹ 形成对照。本来, 《罗马法大全》 (《民法大全》《国法大全》) 的内容不完全为私法, 它也包含了公法的内容。但

¹ 教会法, 又称寺院法, 系欧洲中世纪教会制定的所有法规, 包括法王命令、宗教会议的决定等, 此等“命令”和“决定”等曾汇编成书, 被称为《寺院法会典》 (corpus iuris canonici)。参见温丰文: 《现代社会与土地所有权理论之发展》, 五南图书出版公司1984年版, 第25页注释13。

是，在神圣罗马帝国灭亡之后，有关罗马帝国行政事务的规定也就变得没有价值、没有效力了。于是，学者们乃仅注重或寻求优士丁尼的《罗马法大全》（《民法大全》《国法大全》）中的私法规定，逐渐地，市民法（*ius civile*）一语也就被人们理解为私法了。往后，欧陆各国接踵继受罗马私法，相继承袭“市民法”的名称，于是“市民法”一语成为私法的总称。¹

近代以来，民法对应的法语为“*droit civil*”，德语为“*Bürgerliches Recht*”，英语为“*civil law*”，荷兰语为“*Burgerlykrecht*”。日语汉字“民法”一词，系由日本近代启蒙思想的先驱津田真道（1829—1903年）于庆应四年（1868年，戊辰之年）在其所著的《泰西国法论》（1868年9月版）一书中由荷兰语（*Burgerlykrecht*）翻译而来。²在法制史上，今日的法律译语多为近代诸前辈始创，几度变更方才固定，但唯独该“民法”一词自始至终从未变化，也未有其他译语。³

需注意的是，上述关于民法的名称的德语和荷兰语中皆有“*Burg*”一词，并且在今日以德国为中心的中欧地区，其城市名称中存在“*Burg*”的并非少数，例如，德国的 *Humburg*、*Augusburg*、*Würzburg*、*Rothenburg*、*Freiburg* 等古老而美丽的城市名称中皆有“*Burg*”。在中欧的其他地区，如 *Strassbourg*、*Wissenbourg*、*Lauterbourg*、*Sarrebouurg* 等，亦复如此。此外，在英语中也存在与“*Burg*”类似的“*borough*”“*burgh*”等，著名的 *Edinburgh* 就是适例。并且，在英国，其地方县名中比都市名称中存在更多的“*borough*”“*burgh*”。⁴

之所以出现上述情况，系由于“*Burg*”即是指欧洲中世纪的城市，“*Bürger*”则指城市中居住的人。其中，居住在城市中心地区的是贵族等所谓“城主”，而农民、商人、手艺人等则居住在城市的外围。整个城市被环绕的围墙（*Mauer*）包围，以便与乡村社会相区隔。在法国，所谓“*Bürger*”，系指居住在城市中的有

1 [日]松坂佐一：《民法提要》（总则）（第3版），有斐阁1975年版，第7页。

2 [日]穗积陈重：《法窗夜话》，岩波文库1980年版，第55页（1916年刊）；[日]松坂佐一：《民法提要》（总则）（第3版），有斐阁1975年版，第7页。

3 [日]穗积陈重：《法窗夜话》，曾玉婷、魏磊杰译，法律出版社2015年版，第148页。

4 参见[日]本城武雄、目崎哲久编著：《民法总则》，嵯峨野书院1996年版，第6页。

产阶级，称为“第三阶级”（*bourgeoisie*）。1789年，该阶级与资产阶级联合发动大革命，革命后建立的新社会称为“市民社会”。在德国的中世纪时期，曾流行“城市中吹拂自由的风”（“城市的空气使人自由”，*Stadt Luft uns frei machen*）的法谚。¹这些情况表明，在欧洲封建的农业社会中，其城市中已经生长出了自由平等的规则。这些最初仅适用于一部分人的法律之后向适用于全体人民的方向发展，但人们既没有把它叫作“城市法”，也没有把它叫作“臣民法”“国民法”“人民法”，而是简单、明快地把它称为“民法”。²

我国法律近代化的最主要进程，起于20世纪初的法制变革。在此之前，我国的法制传统为独树一帜的中华法制（中华法系），其特征是诸法合体、民刑不分，因而并无近现代意义上的民法概念与民法法典。1902年，光绪皇帝颁布诏书，宣布实行“新政改革”，1907年委派沈家本、俞廉三、伍廷芳等修律大臣聘请日本当时的大审院（1875—1947年，日本现今的最高法院的前身）法官松冈义正与志田钾太郎参与起草民律草案（当时并不称为民法，而是称为“民律”）。清末宣统三年（1910年）9月初5日完成该草案，史称《大清民律草案》（《民律第一次草案》）。³但草案尚未成为法律而实施，清朝即已覆灭。民国建立后，于当时的司法部设“修订法律馆”，对该《大清民律草案》进行修订，于1925年完成，史称《民国民律草案》（《民律第二次草案》，此时仍称“民律”，而不称为“民法”）。⁴1927年南京国民政府成立后，继续进行未竟的民法编纂事业。1929年1

1 自由是典型的欧洲中世纪自治城市的重要特征。1200年的王室法律规定，当农奴在自由城市里住满1年零1天，就可以按照惯例取得自由身份。获得了居民身份，也就意味着获得了在城市共同体中的特权。进入城镇成为农奴获得解放的一个重要途径。“城市中吹拂自由的风”（“城市的空气使人自由”）这句古老的谚语说明了城市赋予居民自由身份。这些市民在城市发展进程中不断壮大力量，成为日后资产阶级的基础。参见武寅主编：《简明世界历史读本》，中国社会科学出版社2014年版，第226页。

2 [日]本城武雄、小胁一海编：《民法总则》，嵯峨野书院1993年版，第6页。

3 该草案分为如下5编：总则编、债权编、物权编、亲属编及继承编，共36章，总计1569条。

4 该草案采德国潘德克吞（*Pandekten*）体系立法方式，分为总则、债、物权、亲属及继承5编，计1522条。唯该草案并未完成立法程序而成为正式法典，仅由当时的民国政府司法部于1926年通令各级法院作为条理引用，而未正式公布施行。参见郑冠宇：《民法总则》，瑞兴图书股份有限公司2014年版，第12页。

月29日，国民政府立法院设立民法起草委员会，于同年5月公布“总则编”，11月公布“债编”“物权编”，翌年（1930年）12月公布“亲属编”和“继承编”。此五编合在一起，取日本的称呼，以“民法”命名，称为《中华民国民法》，完成民法法典。至此，“民法”一语乃正式见诸中国的立法文献上。1949年新中国成立后，尽管废弃了该《中华民国民法》，但自那时起迄至现今一直使用“民法”一词，并于1986年制定了《民法通则》、1999年制定了《合同法》、2007年制定了《物权法》、2009年制定了《侵权责任法》、2017年制定了《民法总则》，且现今还在这些单行法的基础上编纂民法典（Bürgerliches Gesetzbuch）。因此可以明了，“民法”一语现今业已在中国的土壤上定着下来并已获得重大发展。毋庸置疑，我国的民法制度不独将成为中华法制文明的重要组成部分，而且也将构成中华文明的重要因素，进而对人类文明作出积极贡献。

二、民法调整的社会关系

何为民法？这是研习民法总论时须首先作出回答的问题，对这一问题的回答将涉及众多方面或众多领域，但是，如果从民法调整的对象是什么的视角加以说明，则可获得直接的理解和把握。

（一）民法是调整一定社会关系的法律

与其他法律部门一样，民法是调整一定社会关系的法律。所谓社会关系，即人群共处所形成的人与人之间的关系。社会关系的范围十分广泛，民法并非对之全部进行调整，而是仅调整其中之一部。具体而言，民法主要调整社会关系中的平等主体之间的财产关系和人身关系。所谓“调整”，是指运用民法的基本原则和各项具体规定，对现实生活中发生的属于民法调整范围的各种财产关系和人身关系分别予以确认、保护、限制，旨在保障民事主体的合法权益，建立和维护竞争、公平、统一的经济生活秩序，及和睦、健康的家庭生活秩序。¹

¹ 梁慧星主持：《中国民法典草案建议稿附理由》（总则编），法律出版社2013年版，第8页。

受民法调整的社会关系具有两项特性：一是当事人之间须存在“法律关系”（权利义务关系），因此，“好意施惠关系”¹“罚款合同”²等均不受民法调整；二是当事人之间的法律关系须为“私法关系”，即当事人双方皆为私人，且居于平等地位；受民法调整的权利仅指“私权”（权利，right），不包含“公权”（权力，power）。国家公务员执行职务行使公权力因故意或过失不法侵害人民的权利时，公务员本身的责任可认为系私法关系，可以以民法规范（譬如《民法通则》第121条规定：“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任”³）予以解决，但国家赔偿责任就不得认为系私法关系，从而不得适用民法规范，而应依国家赔偿法的规定加以解决。

（二）民法调整自然人、法人和非法人团体之间的财产关系

民法首先调整平等主体即自然人、法人和非法人团体之间的财产关系。民法调整的财产关系的范围甚广，包括物权关系、债权关系、知识产权关系、遗产继承关系。须注意的是，法人、非法人团体因不能参加家庭生活，因此不能成为遗

1 甲的好友老王前往瑞士游玩，甲遂委托老王购买瑞士手表一只，结果老王却忘记购买。甲不能对老王主张《合同法》第406条的损害赔偿责任，因为甲与老王间并未成立委托合同（《合同法》第396条：“委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同”）。客观上可认定老王并无与甲订立委托合同、受其拘束的意思，双方之间仅为一种“好意施惠关系”。

2 甲是书店老板，其在墙上张贴“凡偷窃书籍经查获者，一律罚款书款的百倍”的告示，惯窃乙虽看到告示却仍去偷窃，不幸被捉到。甲不得向乙依据“罚款合同”请求书款百倍的给付，因为即使乙已经看到告示，客观上也足以认定乙没有与甲订立此显然不利于他自己的合同。廖毅：《民法（总则编）整合式案例研习》，新保成出版事业有限公司2007年版，第3页。

3 我国行政机关行使职权侵害民事权益是否属于《侵权责任法》的调整范围，存在争议。有人提出将《民法通则》第121条的内容纳入到《侵权责任法》中。此问题主要涉及国家赔偿与民事赔偿的关系。从一些国家的立法来看，以前国家赔偿包含在民事赔偿里，目前有些国家还是这样做。但随着经济、社会的发展，有的国家单独制定了国家赔偿法，专门调整行政侵权和刑事赔偿。我国1994年通过的《国家赔偿法》（2010年修订）也规定了行政侵权责任。理论上，看，《国家赔偿法》应当是民法的特别法，但随着国家赔偿制度的进一步发展，于一些重大问题上与民事赔偿存在差异，比如归责原则、赔偿程序、赔偿标准、救济途径等。这些重大问题与民事赔偿相比较，是共性大，还是差异性大，须进一步研究。因此，我国《侵权责任法》既没有明确行政侵权责任包括在《侵权责任法》里，也没有明确将行政侵权责任从《侵权责任法》中排除出去。对此，请参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2010年版，第8—9页。

产继承关系的主体。

值得指出的是，在现今，“财”或“财产关系”的范围发生了极大的扩张，较之往昔出现了一些新的“财”、“财产”或“财产关系”，比如，金融财产、金融产品、理财产品、信用财产（货币、有价证券、可交易的债权和股权、金融衍生品等）、虚拟财产、特许经营权、商业秘密、新型知识产权、人格标志利用权、¹大数据财产权、信息财产等即属之。而传统民法，尤其是其中的物权法关于“财产”（物）的规定，主要指向的是不动产与动产。由此，民法如何予以应对，无疑值得重视和慎思。²

（三）民法调整人身关系

民法也调整人身关系，亦即身份关系。民法上所谓“身份”，特指夫妻、亲子、家庭成员和近亲属的身份。对这些关系，民法主要是通过亲属关系（婚姻家庭）制度予以调整。

将民法调整的上述三个方面的关系归结起来，也可以说民法是调整生活关系的法律。其内容包括下列四个方面：

第一，关于在市民社会（民法社会、民间社会及公民社会，下同）中从事民事活动的主体的规则，例如关于“自然人”“法人”“非法人组织”及“民事行为能力”等的一系列规则。

第二，关于在市民社会中，自然人、法人和非法人组织相互进行交易、缔结合同而从事民事活动的规则。我国《合同法》就买卖合同等各种典型合同作出了明文规定，提供了交易所需要的基本规则。也就是说，民法提供了经济交易活动的基础。在制定了民法典的国家，这主要是由民法典上的“总则编”和“债法编”上的规则来提供的。

第三，在市民社会中从事民事活动的自然人、法人和非法人组织，如果因为

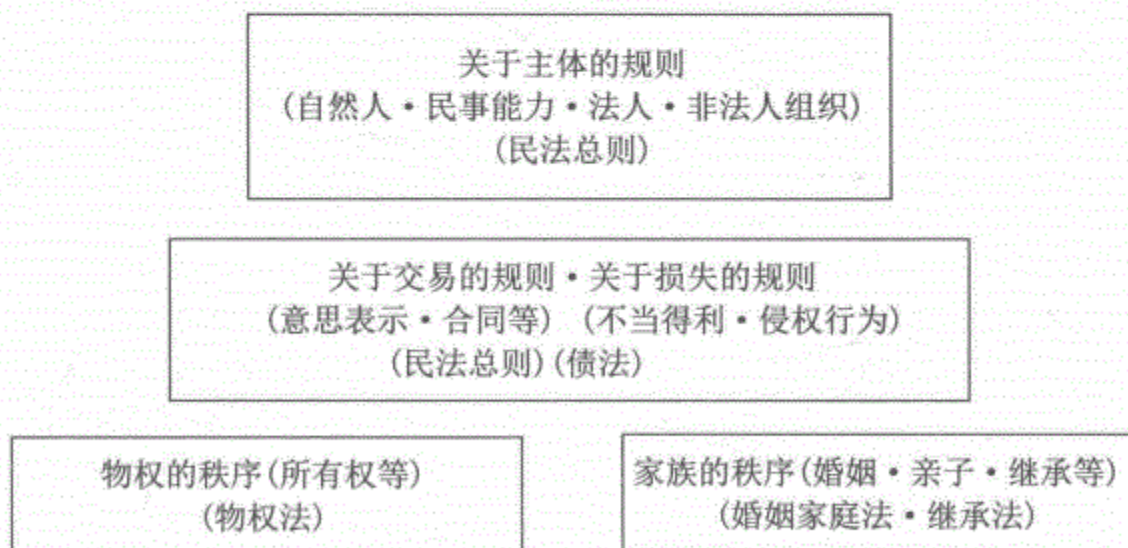
¹ 参见王卫国：“现代财产法的理论建构”，载《中国社会科学》2012年第1期，第161页。

² 关于这方面的最新研究成果，请参见〔日〕吉田克己、片山直也編集：《财的多样化与民法学》，日本商事法务2014年版，第1页以下。

自己的行为给他人造成了损害，则通常须向受害人进行赔偿，此即民法中的侵权行为制度或侵权责任法制度。我国2009年12月26日通过的《侵权责任法》系这方面的专门规定。

第四，关于支撑市民社会中从事民事活动的前提的秩序的规则。这些规则主要包括：关于物、财产的归属和物权的利用秩序的规则，以及关于婚姻、家庭成员、亲子乃至继承这样的生活基础的家族秩序的规则。前者系指我国《物权法》中的规则，后者主要指《婚姻法》（亲属法、婚姻家庭法）和《继承法》中的规则。

上述民法调整的生活关系多姿多彩，但基本上或主要的是私人与私人间的关系。除民法的规则外，还存在关于国家的行为或行政组织的法律规则，其被称为“公法的世界”，“宪法是国家的构成原理（constitution）”和公法体系的枢纽，与之对应的民法则被认为属于“私法的世界”，是“社会的构成原理”¹。民法的“私法的世界”中，作为普通民法的民法典规制的关系，可以下图予以表示²：



1 [日] 星野英一：《民法劝学》，张立艳译，北京大学出版社2006年版，第161页。

2 [日] 四宫和夫、能见善久：《民法总则》，弘文堂2010年版，第2页。

三、民法的分类

(一) 实质意义的民法与形式意义的民法

民法可分为实质意义的民法与形式意义的民法。所谓实质意义的民法，又称“实质的民法”或“广义的民法”，指规定人民的日常生活与私权关系的法律。简言之，凡具有民法性质的法规或习惯，皆属于实质意义的民法。按照德国、法国、日本等采民商分立国家的认识，其范围主要包括三类：其一，指民法典；其二，指具有私法性质的本应规定于民法典中的法律，如日本的《不动产登记法》《遗失物法》《关于寄存的法律》及《户籍法》等；其三，指具有私法性质的不便规定于民法典中的法律，如日本的《关于失火责任的法律》《关于年龄的计算的法律》《工厂抵押法》《关于树木的法律》《信托法》《关于身份保证的法律》《机动车抵押法》《利息限制法》《机动车损害赔偿法》《建筑物区分所有权法》《关于假登记担保契约的法律》及《租地租屋法》（《借地借家法》），等等。

形式意义的民法，又称“形式的民法”，指一个国家制定的关于民事关系的根本法（普通法）——民法典。在我国，形式意义的民法系指《民法总则》《物权法》《婚姻法》《继承法》《合同法》及《侵权责任法》等。因民法典或《民法总则》《物权法》《婚姻法》《继承法》《合同法》《侵权责任法》仅为全部民法之一部，所以它们又被称为“狭义的民法”。

应指出的是，在我国，自1929—1930年国民政府编纂民法典至今日，一直采行民商合一的立法体制，只制定一部民法典而不认可有制定商法典的必要，以传统商法典的内容即公司法、票据法、保险法、证券法、破产法、海商法等为民法的特别法，因此所谓实质意义的民法，还应包括传统商法中的各项法律。此点与德国、法国、日本等国家在采民商分立的体制下对实质意义的民法的范围的认识有所不同。另外，因我国现今尚无民法典，而只有《民法总则》及一个156条的《民法通则》，规范民事生活的法律规范系由若干民事单行法组成，这些民事单行法包括《物权法》《婚姻法》《继承法》《合同法》《侵权责任法》《著作权法》

《产品质量法》《消费者权益保护法》《担保法》等，它们共同构成我国实质意义的民法体系的主要内容。

（二）普通民法与特别民法

普通民法即有关民法的最一般、最普通的民事法律规范，在制定了民法典的国家系指民法典，在我国系指《民法总则》《物权法》《婚姻法》《继承法》《合同法》《侵权责任法》等，将来完整民法典出台后，我国所谓普通民法即指民法典。特别民法是规范一定特别民事关系的民事法律规范，如《消费者权益保护法》《产品质量法》等。普通民法与特别民法的关系是：特别民法就某一民事事件有规定时，应适用该特别民法的规定，无规定时方可适用普通民法的规定，即采特别民法优先于普通民法适用的原则。

（三）大陆法系民法与英美法系民法

民法就其本来意义而言指的是大陆法系民法，英美法系在过去一个漫长的时期至少在形式上并不存在像大陆法系那样的民法典。并且，英美法系在其原初理论上也不存在民法这样一门学科。不过，随着二次世界大战结束以来大陆法系和英美法系的不断融合、交流及发展，两大法系之间出现了相互借鉴、渗透、参照的趋势，使英美法系也有了民法理论之研究乃至形式意义的民法——民法典，如加拿大的魁北克省就有《魁北克民法典》，美国的加利福尼亚州也制定了自己的民法典。大陆法系民法也不断吸收英美法系民法中好的成分或优良的制度，例如20世纪60年代我国台湾地区制定“动产担保交易法”时对美国法的信托占有、附条件买卖及动产抵押的借鉴，大陆制定《物权法》时吸收英美法系的苏格兰的经验而规定浮动抵押制度（第181条），以及制定《合同法》时吸收英美法系关于先期违约制度的经验而规定不安抗辩权制度等，均是英美法系民法对大陆法系民法发生影响的有力证明。随着人类文明的不断演进，全球化趋势的日渐深入，大陆法系民法和英美法系民法的融合和交流还会不断加深，并不断相互借鉴，相互渗透，取长补短。

第二节 法律体系——公法、私法与社会法

自近代以降，法律有公法（*öffentliches Recht*）与私法（*Privatrecht*）之分别。依照一般的见解，规范自由、对等的私人间的法律关系的法，为私法。在实行民商分立体制的国家，私法主要指的是民法和商法；我国从清朝末年进行法制改革以来，尤其是新中国成立近70年来，立法方针上系采民商合一的立法体制，因而所谓私法，实质上就是指民法，包括现今制定的民法典和已经通过的《民法总则》与各项民事特别单行法、特别法。公法，一般认为是规律国家机构与国家机构以及国家机构与人民之间的关系的法，宪法、刑法、行政法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法系其典型。另外，须注意的是，在此公法与私法两类法律之外，于现今的法律体系上，还有一种介于公法与私法之间，或者说兼有公法与私法双重性质的法律规范，其被称为“第三法域”，即“社会法”。公法、私法及社会法，共同构成当代法律体系的总体。以下我们将首先分析和考察公法与私法，然后分析和考察社会法。

一、公法与私法（民法）区分的源起

公法与私法（民法、商法等）之区分，依今日学者的通说，系起于罗马法时代。但是，终罗马时代，公法与私法这一对立的术语还未能用来自体系上区分全体罗马法律。也就是说，有罗马一代，人们还没有从体系上对法律作公法与私法的二分法区分。“公法”即“公的法”，是表示“国家的法及其财产的法（公的法）来源于人民”；私法即“私的法”，是表示“个人的法及其家族的法（私的法）来源于单个的私人”。须注意的是，于公元1世纪至3世纪的古典罗马法时期，有学者曾尝试从理论上对公法和私法加以区分。不过，在这些学者看来，“公法作为法律，是表示国家的问题，私法是表示个人的问题”。例如，乌尔比安就指出：“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”（*Ulp. D. 1,*

1, 1, 2)。¹乌氏的这种认识,从远处上说,可以追溯到“国家结合”与“家族结合”之间的十分古老的对立。但无论如何,我们可以断言,有罗马一代,人们还没有从法律体系之构成的分野上启用公法与私法这一对对立的观念,而在此意义上使用这一对对立的观念,是在欧洲进入近代时期以后。²

尤其需要指明的是,在欧洲的中世纪时期(476—1500年),实行单一的法律制度(Einrechtssystem),并无私法与公法之分野。公法层面的关系以私法的方式处理。例如,当时的裁判权属于领主,该权力可以移转、买卖、交换和继承;王权、服兵役的义务、纳税的义务和官职等,皆可依契约而定并可继承。即使在当时的重要教会法令集《格拉蒂安教令集》《官刊教令集》中,也无公私法区分之踪影。一言以蔽之,在欧洲的中世纪时期,正如德国学者奥托·冯·基尔克(Otto von Gierke, 1841—1921年)所指出的那样:未认识公法和私法在观念上的区别,一切人与人之间的关系,从交易关系以至国王和国民间的忠诚关系,都被

¹ 该法言的详细情况请参见罗智敏译:《学说汇纂》(第一卷:正义与法·人的身份与物的划分·法官),[意]纪蔚民校,中国政法大学出版社2008年版,第7页。

² 关于公法与私法区分的历史背景,参见[日]村上淳一:“德国‘市民社会’的成立”,载《法学协会杂志》第86卷第8号(1969年),第21页以下。另外,该氏所著《近代法的形成》(岩波书店1979年版,第130页以下)也有详细论述,请参考之。应注意的是,关于与公法对置的私法,过去其比较有力的见解是:封建社会中,个人的生活关系被纳入封建的身份制中,由此私法未能从公法中分化出来,但近代市民革命(资产阶级革命)确立和宣扬人的自由、平等,确认自由的所有权,同时为保护市民社会而限制国家权力的行使,其结果是私法和公法分立了。之后,伴随资本主义的高度发展,资本主义的矛盾、弊端暴露出来,为了对之进行校正,国家对个人的生活关系也予以干涉,由此私法的公法化现象发生了。然而,对于上述的考量方法,最近出现了再度强调私法秩序乃至民法的独自意义的见解,其强调和主张将民法作为社会生活中的行为规范、以私人的权利义务为中心来建构社会及认可自由与平等的价值等。尽管如此,也应看到民法在经济交易中的重要作用,尤其应当重新认识民法规范对于交易活动具有怎样的意义。尽管存在合同自由原则,但对于私人的经济活动,很多行政的、公法的规制被正当化(私法的公法化),妨碍了个人的自由活动。另外,为了进行创造性的交易或生产活动,即使在应当进行自由竞争的企业经济活动中,行业规则(行业法)、行政命令等也有对其进行规制。若排除这些公法的规制,在私法的世界中,重要的就是按照私法的规则展开自由的交易。此时,提供基本的交易规则的就是民法。从这样的视点来检视民法的规则时,可以看到现行民法规则未必是最适合的,关于很多重要问题的民法规则的内容并不明确,且也无判例可以依循。而且,尽管可以于事前预测和评价自己行为的利点和风险,但并不充分。由此,对今日的民法规则予以检视就是一项必要的工作。参见[日]四宫和夫、能见善久:《民法总则》,弘文堂2010年版,第2—4页。

认为包括于一个相同的单一种类的法律中。¹不过，在中世纪后期的注释法学派和注解法学派如阿佐（Azo Portius，约 1150—1230 年）、巴托鲁斯（Bartolus，1314—1357 年）等人的著作中，仍可窥见承袭古典罗马法时期的法律学者进行公私法的二分法区分的踪迹。

在法国，随着中央集权主义国家的形成和确立，公法与私法之区分的基础也就奠定了。在绝对君主制统治下，立法、行政和司法权均属于君主一人，其发布的敕令、命令、指示就创造出（形成）公法这一特别法。行政的职能虽然由自司法机关分离出来的独立机关承担，但一般的司法机关皆可干涉行政事务。不过，1789 年法国资产阶级大革命以后，按照孟德斯鸠的严格区分行政权与司法权的理论，法国于 1790 年制定的法律遂禁止法官染指行政权，从而实现了行政权与司法权的分离。

在德国，现代意义的将法律区分为公法与私法，是 19 世纪肇始以后的事。在此之前，德国因长期处于封建割据状态，地方分权炽烈，中央集权的国家权力难以形成。地方封建领主保有各种权力，这些权力不时出现对人民的私生活加以干涉的情况。例如，某一家族可以雇用多少佣人乃至可以消费多少啤酒等，由封建领主依其权力而明定。“警察权”由封建领主依自由裁量行使。总之，行政权从司法权中分离出来，在整个 18 世纪还未曾发生。在普鲁士，虽然自较早的时期起就尝试将司法权与行政权加以分离，但却设立了处理私人诉讼的“司法部”和处理公益事务的“皇家机构”。像法国那样的私法与公法的严格分离并没有发生。自 1863 年起，德国巴登地区创设行政法院，造成行政权与司法权的分离，以及私法与公法的二分法。

以上考察表明，公法与私法的区分虽然可以追溯到罗马时代，但对二者特别明确地予以区分，是在近代资本主义时期及其以后。换言之，公法与私法之区分，是以国家与市民社会的明确分立为前提的，没有这样的前提性区分，就没有

¹ 转引自〔日〕村上淳一：《近代法的形成》，岩波书店 1979 年版，第 130 页以下。

公私法的真正区分。也就是说，在欧美国家，市民社会的出现是公民法区分的首要基础。在罗马法时期，学者中虽已有人倡导公民法之区分，但因那时并未出现真正的市民社会，所以其关于公民法的区分是不具有典型意义的。据此推论，在市民社会还没有出现的日耳曼社会中，也是看不到公民法之区分的踪影的。事实上，即使是侵权行为与犯罪行为的差异，在日耳曼法上也是看不到的，它们实际上是粘连在一起而未加区分的。在英美法中，从遥远的古代迄至今日，皆不对公民法与私法作出区分，这大抵是由于威廉一世（1066—1087年）将诺曼底人的习惯引入到英国所造成。在东方的中国法上，刑罚（刑法）从很早的时候起就具有公民法的性质，被认为是“公刑罚”，但由于人民没有独立、自由的作为“市民”的法律地位，所以公民法与私法的区分也是没有的。中国古代“律令”中的“令”字，指的就是刑事法规和民事法规的集合，而该集合体的公民法规范的特性是尤其浓烈的，现代意义的“私法”由此被湮灭了。概言之，公民法与私法真正得以区分，是以国家和市民社会的相对独立为首要前提的，没有这一点，就没有真正意义或近现代意义的公民法之区分。进而言之，只有在国家与市民社会发生了分立，国家独占政治权力，并变成从市民社会的外部维持作为经济社会的市民社会的秩序时，关于国家的法律的公民法，与关于市民社会的法律的私法，才有可能发生真正的分立。

应当注意的是，公民法与私法，是关于法的分类，与之并立的还有公民法关系与私民法关系、公物与私物、公权与私权、公法人与私法人等的分类。这些分类，系关于“公”与“私”这一对立概念的分类。下面我们仅分析公民法与私民法这一对立法律制度的分类，其他的则不涉及。

二、公民法区分的标准及其评析

（一）公民法区分标准的多元性

将法律区分为公民法和私民法，乃法学理论上的传统分类。虽有学者反对此种二分法，但终究未能根本推翻，所以此二分法乃系今日的通说，各国立法政策的前

提和基础。唯公法与私法区分的标准，迄无定论。瑞士学者荷灵加（Hollinger）在论文“公法与私法的区别标准”（Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Inaugural Dissertation 1904）中曾列举 17 种不同的标准加以区分，德国马尔堡（Marburg）的私法学者华尔兹（Walz）在“关于公法的本质”（Vom Wesem des öffentlichen Rechts, 1928）的演说中列举 12 种标准予以区分¹，学者哈勒尔（Haller）甚至列举 27 种标准对二者加以区分，足见二者区分标准之繁复，并表明公私法区分标准的多元性。以下我们将考察和分析有关公私法之区分的几种主要学说。

1. 主体说

德国的耶利内克（G. Jellinek）、英国的荷郎德（Holland）倡导主体说。此说以法律规定的主体作为区别公法与私法的标准。凡法律规定的主体，一方或双方为国家或公法人的，为公法。简言之，规律纵向的关系，即上下垂直性的关系的法律，为公法。也就是说，公法是规律国家与个人之间的关系的法律，包括宪法、选举法、行政法、刑法、诉讼法等；若规定的主体，双方均为私人或私团体的，为私法。简而言之，规律横向的关系，即水平线上的左右的生活关系的法律，为私法。也就是说，私法是规律私人相互之间的关系的法律，民法、民事单行法、民事特别法属之。进而言之，依主体说标准，凡规定国家或公法人与人民之间或私法人之间关系的法律，为公法；而规定人民相互之间或私法人相互之间的关系的法律，为私法。例如，刑法规定国家机关对人民犯罪的处罚，其法律关系主体的一方是国家，所以是公法；而民法则规定私人间的权利与义务关系，其法律关系双方通常都是私人，所以是私法。

2. 权力说（从属规范说、支配服从说、意思说）

此说又称“从属规范说”“支配服从说”或“意思说”，德国学者保罗·拉班德（Paul Laband, 1838—1918 年）、奥托·迈尔（Otto Meyer）及日本学者穗积八束等倡导之。该说以权力关系作为区分公私法的标准。公法为规定不平等的权力

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

关系的法律，具有强制人民服从的性质，人民并无自由决定自己意思的自由，如刑法即属之；私法为规定平等关系的法律，不包含权力服从的性质，私人可依自己的意思自由决定，如民法即属之。概而言之，规定权力者与服从者之间的不平等关系的，为公法；规定当事人间的平等关系的，为私法。亦即，规范上下隶属关系者为公法；规范平等关系者为私法。公法所规律的意思为权力者与服从者之间的意思，私法所规律的意思为对等者之间的意思。概言之，国家依刑法对犯罪者加以处罚，国家与人民间是立于上下的服从关系，所以刑法是公法；而私人间适用民法解决民事纠纷，并无上下服从关系存在，所以民法是私法。¹

3. 利益说

又称“目的说”。此说以法律是否保护公益或私益作为区别公私法的标准。凡以保护公益为目的者，为公法；以保护私益为目的者，为私法。如前所述，罗马法学家乌尔比安所称的“公法是涉及罗马国家地位的法，私法是涉及个人利益的法”就是此说的代表。另外，德国近代新黑格尔派法学家阿道夫·拉松（Adolf Lasson）也倡导此说。例如，刑法以维护国家与社会秩序的公共利益为目的，所以是公法；而民法以保护私人利益为目的，所以是私法。

4. 法律关系说

此说将法律规定的关系作为区别公私法的标准。公法是规定公的权力关系，即规定国家机构与国家机构间或国家机构与人民间的公的权力关系的法律；另外，规定国家机构与公法人之间，公法人相互之间，或公法人与人民之间的权力关系的法律，其性质上也属于公法。至于私法，则是规定私的权利关系，亦即是规定个人相互间或国家与个人间的私权关系的法律，如民法、公司法等皆为规定个人相互之间的关系的法律，为私法。

5. 应用说

此说以法律的应用作为区别公私法的标准。凡法律规定的权利，不允许私人的意思自由抛弃者，为公法；其可自由抛弃者，为私法。

¹ 郑冠宇：《民法总则》，瑞兴图书股份有限公司2014年版，第6页。