

法学名篇小文丛

私法中的人

[日] 星野英一 著



中国法制出版社

法学名篇小文丛

私法中的人

[日] 星野英一 著
王 闯 译

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

私法中的人/ [日] 星野英一著. 王闯译.
—北京: 中国法制出版社, 2004.12
ISBN 7-80182-386-9

I. 私… II. ①星…②王… III. 私法-研究
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 105544 号

法学名篇小文丛

私法中的人

SIFA ZHONG DE REN

著者/ [日] 星野英一

译者/王 闯

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/ 850 × 1168 毫米 32

印张/ 3.125 字数/ 50 千

版次/ 2004 年 12 月第 1 版

2004 年 12 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-386-9/D·1352

定价: 6.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66032924

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

作者简介

星野英一（1926～），日本当代民法学家。旧制东京第一高等学校毕业后入东京大学法学部学习，1952年毕业；1955年受聘为该法学部副教授；1956～1958年，赴法国巴黎大学留学，1965年为东京大学法学部教授，并获该学部法学博士学位；1987年退休，为东京大学名誉教授；同年，受聘为千叶大学法经学部教授；并长期兼任国家法制审议会委员。星野英一教授是现代日本民法学的学科带头人，在20世纪80—90年代，他的民法理论被日本学术界认可为“通说”，在国内外有广泛的影响。星野英一一生致力于民法学的教学与研究。在其丰硕的著述中，体系书有《租地租家法》（1961）；教科书、自学用书有《民法讲义总论》（1983）、《民法概论》（1971）等。

目 录

一、序言	(1)
二、近代民法中的人	(7)
三、现代民法中的人	(50)
四、总结与展望	(82)

一、序 言

人虽是肉体的存在，但其与其他动物的不同之处在于其是具备理性和意思的，可谓是伦理的存在。人作为肉体的存在，虽然为了生存首先不得不从事严酷的劳作，但是人的生活并非至此为止。人类在寻求日常食物的劳作之中，只要能有些许余裕，便会再去寻求余裕，去追求美，这样，艺术的世界终于诞生了。而且，人类要寻求人生的意义，此时就要追求超越世间有形物质之永恒，触及到宗教的世界。无论怎样，对人而言，生之价值不可或缺，从此意义上而言，精神世界是具有价值的。

人生之中既有诸多的欢喜和快乐，也有无尽

法学名篇小文丛

的懊恼和愁苦。佛教中被谓为“四苦”的生老病死，以及在“八苦”之中位居前两位的“爱别离苦”、“怨憎会苦”等，对人而言，皆是无法逃避的；尤其是爱与死，乃是对人提出的最为深刻的问题。因此，在动物中恐怕是惟一意识到自身存在的人，自古以来便一直在追求解决这些人类面临的问题。其中最大的社会活动就是艺术、哲学与宗教。

降至近代，各种科学力图从不同的角度来把握人。生物学或是从物理学的观点或是从化学的观点来把握人；心理学和精神分析学则是从精神的角度来研究人；社会学则是从所谓社会构成的层面来把握人。这些都是在以该学科为前提的一定视角之下来把握人的。因此，那些学科虽然可以在一个方面一定限度内正确地把握人，但却无

私法中的人

法全面地把握人。^①

法律自身虽非学问，但作为一种人类的或多或少的有意识的社会活动，当然与人的某一方面相关。

因此，本文所担当的课题如下：近代以降的私法对人的哪些部分、以何种方式、如何予以处理的？质言之，人在私法中以何种资格存在？^②特别是，私法将如何去处理人类的诸种疾苦呢？

首先，总的来说，就本质而言，私法不是调整个人对国家的关系，而是规范个人与个人之间的关系。更详细地说，有必要指出它是关于人的财产关系和家族关系的法规。总之，私法所涉及

① 把从某种观点把握的人作为人类整体，就超越了科学的界限，这属于人类观、哲学的问题。

② “法律上的人”，并非是指有具体经验的人，与其说其是一个蕴涵着无限内容、具有某种细微差别的个性的具体经验的人，不如说是从社会法律生活的秩序这张布裁下的一小块布而已。请参阅田中耕太郎：《作为法律学中“经济人”的商人》，载于《松波先生还历（花甲）祝贺纪念论文集》，昭和3年（《田中耕太郎著作集》第七卷，春秋社，昭和39年，第327页）。因此，从民法的视界所选取的人以何种资格出现，才是本文的问题所在。

法学名篇小文丛

的人类的领域是有限的。^③

并且，本文不得不进一步设置几个限定：

第一，就对象领域而言，由于笔者研究领域的关系，本文仅以民法中的人为中心进行论述，而作为私法之特别法非常重要的商法，则几乎无法涉及。此外，因篇幅关系，关于民法也是仅就其中的财产关系部分即所谓的财产法加以论述；关于家族关系部分即所谓的家族法，就只有等待其他机会再加以论述了。这是因为，虽然被包含在同样的民法之中，但家族法与财产法性质不同，^④ 在同一文稿中论述是相当困难的。

第二，此处所谓的“民法”上的人，系指近

^③ 广中俊雄对此点论述得比较透彻，指出近代法中完全未考虑“人”的关系，但笔者对此结论持有疑义。广中俊雄：《“近代市民法中的人”·法律上的人》，载于《法哲学年报》1963年（下），昭和39年；收于《民法论集》，东京大学出版会，昭和46年。

^④ 关于此点，在我国存在若干对立的观点。利谷信义在《现代家族法理论之考察》一文中对这些观点进行过简单的整理（尽管已经有些陈旧和过时）。《法律时报》39卷3号，昭和42年。

私法中的人

代以降的国家法即由国家制定或者由国家的司法裁判所在某种意义上制定为法律的“民法”——大陆法系中的民法典——中的人。而不是在社会中现实地产生并发挥着作用的法（埃利希等社会学家称之为“活法”）的民法。这不仅因为后者是笔者力所不逮的，还由于笔者认为只要看一下在人制定的民法中人是被如何对待的便足矣的缘故。

第三，即使是近代法典即所谓的大陆法等法典，也仅涉及关于法国民法和德国民法。这不仅由于笔者能力所限，而且因为对我国民法影响最大的主要是这两国的民法典，所以从某种意义上而言，这已经足够了。再者，因为我国民法典几乎是全盘照搬上述两国民法典，考虑到与本文的课题的关系，我认为没有必要摘记这一特色，所

法学名篇小文从

以没有探讨这一问题。^⑤

以下本文，首先探讨近代法即近代初期的民法典^⑥中的人像（第二部分）；然后探讨其后经过19世纪而在20世纪的现代民法中变化了的人像（第三部分）。^⑦

⑤ 在日本所产生的法律中，关于契约有诸多不同点（关于契约，可参照星野：《契约思想：契约法的历史和比较法》，收于《岩波讲座·基本法学4·契约》，昭和58年）。

⑥ 关于近代法的意义，虽有诸多问题，但本文暂且使用近代初期的民法意义。不言而喻其典型当属1804年的法国民法典；其次是1811年的奥地利民法典。尽管1898年的德国民法典在20世纪才公布，但由于其精神被认为是19世纪民法典的巅峰，所以也增加其为本文的内容（Gustav Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1965. S. 83 f., Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1975, S. 10 ff.）然而，法国民法典和德国民法典的背景中的基本思想不能说是相同的，在前揭文注释⑤中所谈及的契约思想虽已指出其差异，但关于“人”，则大致上作了同样的处理。另外，可参见本文第二部分中的注释②。由于日本民法典继承了法国民法典及德国民法典，受其影响巨大，所以日本民法典（明治31年施行）的精神也可以认为是同样的。

⑦ 至于“现代法”一词，问题更加复杂。岩波讲座所谓的“现代法”用语，在野村平尔、戒能通孝、沼田稻次郎、渡边洋三等著的《现代法学方法》中，是从以现代法为出发点的“国家垄断资本主义”的规定上来议论现代法性格的。而在本文中，则是极为简单地将现代法作为表示从19世纪以降的上述“近代法”演变而来的今日之法律的范畴来使用的。

二、近代民法中的人

(一) 序

古斯塔夫·博莫尔 (Gustav Boehmer) 认为, 德国民法典并非 20 世纪之母而是 19 世纪之子, 该民法典以此为方向; 他所描述的该种姿态的人像, “乃是根植于启蒙时代、尽可能地自由且平等、既理性又利己的抽象的个人 (abstrakte Einzelmensch), 是兼容市民及商人的感受力的经济人 (homo oeconomicus)”。^③ 该评述虽然简洁, 却很尖锐。对此, 如由笔者给予若干发挥的话, 则近代私法中的人之

^③ Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1965, S. 83 (§13. Das Menschen- und Sozialbild der BGB 後)。

地位可以归纳为如下几点：“承认所有的人的法律人格完全平等”，由此所肯认的法律人格虽是“可由自身意思自由地成为与自己有关的私法关系的立法者”，但它却是不考虑知识、社会及经济方面的力量之差异的抽象性的人；并且，在其背后的是“在理性、意思方面强而智的人像”。^⑨

（二）完全平等的“法律人格”

近代私法的特色首先在于承认所有的人的完全平等的法律“人格”。

^⑨ 19世纪的法国民法之主导思想是“法律的个人主义”。作为宪法思想意义上的国家成员的个人，排除了中间团体而只承认个人。这就是与从中间团体中解放出来的个人与国家直接相关（基于社会契约论）的思考方法相关联、把个人视为私法的唯一基础和目的的思想（作为契约哲学的“意思自治原则”是其一方面）。至于19世纪德国民法典中类似的法律思想（纯粹的哲学家康德、费希特、黑格尔等的思想另当别论）是否具有支配性地位，笔者虽未作研究，但至少有着相当大的理由表示怀疑。因此，将法国法和德国法中的人同样看待是有疑问的。至少在思想上，德国是“国家”与“市民社会”分离得相当彻底的国家（村上淳一：《德国“市民社会”的构建》，法学协会杂志，86卷8号，昭和45年），所以，关于被视为“市民社会的法”的私法大致都可以同样对待吧。

私法中的人

1. 所谓“法律人格”者，就是私法上的权利和义务所归属之主体，即权利义务的归属点的意思，在西语中被称为 *Personne*, *person*。借用一位著者的表述来说，人（*Homme*）就其与近代法的关联上而言，就是“法律人格”（*personne*）。^⑩

社会关系如果从由法律规范着的那些方面的观点出发来领会的话，可以称为法律关系，但是如果将人是法律关系的当事人称为法律人格的话，则凡是有法（律）存在的地方有法律人格的存在。^⑪ 然而，此处所言的“法律人格”不是那种比较广义的概念，而是上述“权利义务的归

^⑩ Rene Sabatier, *Metamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, III série, 1995, n 336; Alex Weir et François Terre, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, 3. ed., 1980, n 2.

^⑪ 参见恒藤恭：《法律人格的理论》，世界思想社，昭和24年，27页以下；石本雅男：《法律人格的理论和历史》，日本评论社，昭和24年，第33页。

法学名篇小文从

属点”这样一种更加限定的意义。^⑫

总之，人首先是从私法上权利义务主体的层面来把握的，在这一点上，所有的人皆是平等的。一言以蔽之，任何人皆享有相同的私法上的权利和义务乃是近代私法把握人的方法方面的首要的最大的特色。

私法上可以作为权利义务主体的地位，在德国民法典中称为权利能力（Rechtsfähigkeit）；一旦采纳此种解释，上述的权利能力则被称为“一般

^⑫ 1794年《普鲁士一般州法》（Allgemeines Landrecht für die Preussischen ALR）第一编第一部第一条规定：“人（Mensch）在市民社会中只要享有一定权利，便被称为法律人格（Person）”，即是一例（但如后所述，该法却未承认所有的人享有平等、完全的权利能力）。

权利能力”的承认（Allgemeine Rechtshfähigkeit）。^{⑬⑭}

因此，与权利能力的确定相并行，“权利”的概念也被确定了。从那以降，便开始了直至今日仍在持续的关于什么是“权利”的激烈争论。

2. 这一点，在今日被认为理所当然，其重大意义可能很难被理解。然而，在当时则应该说是西欧历史中划时代的重要的事件。

在那之前的时代，并非所有人皆是平等的私法上权利义务的主体。罗马时期的奴隶和中世纪

^⑬ Hermann Conrad, Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnender 19. Jahrhunderts, 1956, S. 5.

^⑭ 更为严谨地认为：“法律人格”，乃权利义务之主体：“权利能力”，乃能够作为权利义务主体之资格之可能性（几代通：《民法总则》，青林书院，昭和44年，22页。川岛武宜：《民法总则》，有斐阁，昭和40年，第60页也大致相同）。在某种场合，法律人格被承认就可以了，而“具有权利能力”是法律宣示其确定存在的用语，但在这里则是未加严格区分而使用的。再者，在法国法中，相当于权利能力的用语，是Capacité de jouissance。不过，该用语未必与“法律人格”完全一致，例如，即使关于公法上的权利，权利能力一语也被使用。参阅Gerard Cornu, Droit civil, Introduction, Les Persoines, Lesbiens, 1980, n 476 et s.

法学名篇小文丛

农奴完全不能作为权利义务主体，还存在只享有一部分权利义务的人的情形是众所周知的。^⑮在中世纪，被视为中心问题的并非个人而是包含个人的团体。到了近代，在法国大革命前的西欧社会，无论在思想上还是实际上，一般的权利能力皆不存在。18世纪以前的欧洲社会可以说是一个身份制社会，人的私法地位是依其性别、其所属的身份、职业团体、宗教的共同体等不同而有差异的；作为其一个侧面，一个人若是不属于一定身份便无法取得财产特别是像土地那样的财产权利的情形是普遍存在的。^⑯

对此反映得比较完全的，当属1794年《普鲁士一般邦法》。其中，关于第一等级的贵族

^⑮ 关于罗马以来的各国的历史，埃利希的《权利能力论》（川岛武宜和三藤正译，改译版，岩波书店，昭和50年）中有详细的论述；而且，戒能通孝的《民法学概述》（日本评论新社，昭和31年）第22—45页中有更深刻的论述。

^⑯ 康拉德，op.cit，S.6.