

民法劝学

MINFA QUANXUE

民法のすすめ

〔日〕星野英一◎著

张立艳◎译

于敏◎校



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民法劝学

MINFA QUANXUE

〔日〕星野英一◎著

张立艳◎译

于敏◎校



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

版权合同登记号:01-2004-1366

图书在版编目(CIP)数据

民法劝学/(日)星野英一著;张立艳译. —北京:北京大学出版社,
2006.7

ISBN 7-301-09436-1

I. 民… II. ①星… ②张… III. 民法-法的理论 IV. D913.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第086197号

MINPO NO SUSUME

by Eiichi Hoshino

© 1998 by Eiichi Hoshino

Originally published in Japanese in 1998 by Iwanami Shoten, Publishers, Tokyo.

This Chinese (simplified) language edition published in 2006

by Peking University Press, Beijing

by arrangement with the author c/o Iwanami Shoten, Publishers, Tokyo.

书 名: 民法劝学

著作责任者: [日]星野英一 著 张立艳 译 于 敏 校

责任编辑: 邹记东 周 菲

标准书号: ISBN 7-301-09436-1/D·1254

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.pup.cn> 电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 11.75 印张 145 千字

2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 18.00 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

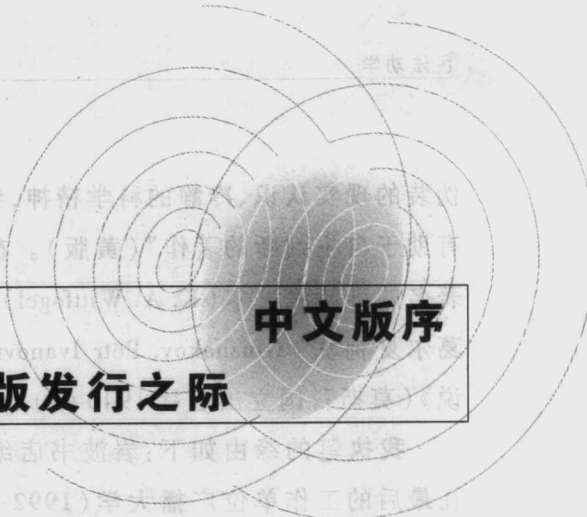
举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

星野英一先生简历

星野先生生于1926年7月8日,本籍地神奈川县。

1951年毕业于东京大学法学部法律学科;1956年—1958年在法国巴黎大学法学部留学、研究;1962年获得法学博士(东京大学)学位;1954年—1964年任东京大学法学部副教授;1964年—1987年任东京大学法学部教授;1987年—1992年任千叶大学法经学部教授;1992年—1997年任广播大学教养学部教授;1996年以来任日本学士院会员(终身)。其间,历任日本私法学会理事长、金融法学会理事长、法制审议会民法部会长及其他多个审议会委员;现任日本学士院会员、东京大学名誉教授、中国政法大学名誉教授、中国社会科学院法学研究所名誉教授、巴黎第二大学名誉博士。

主要著作(本书之外的主要独著)有:《借地借家法》1969年,有斐阁;《民法概论》(1—4)1971—1978年,良书普及会;《民法讲义总论》1983年,有斐阁;《民法论集》(第1卷—第9卷)1970—1999年,有斐阁;《民事判例研究》(全5卷)1971—1990年,有斐阁;《民法的焦点1总论》1987年,有斐阁;《民法—财产法》1994年,广播大学教育振兴会;《家族法》1994,广播大学教育振兴会;《法学入门》1995年,广播大学教育振兴会;《民法的另一种学习方法》2002年,有斐阁;《法学者的心》2002年,有斐阁。



中文版序

值此中文版出版发行之际

这次，拙著《民法劝学》被翻译成中文出版发行，作为著者我感到非常荣幸。衷心地感谢担当此次翻译的北京大学研究生院硕士生张立艳女士和最初提出翻译，并担当校译的中国社会科学院于敏副研究员。

本书是作为“岩波新书”中的一部写作的。“岩波新书”创刊于1938年，随着时代的转换封皮由红换成青（1949年）、黄（1977年），然后再次变为红（1988年），已经出版发行了3000种之多。本书是新红版的第536卷。当创刊和每次各新版发行时，“岩波新书”都要在卷末写上新书出版宗旨，是与集国内外古典的“岩波文库”并列，以“现代人的现代教养为目的”（红版）而出版发行的著作。1938年版红版的出版宗旨是由社长岩波茂雄亲自署名的。其中表现出作为明治人的岩波风貌，也表现出其时代的局限，强烈地批判了当时“缺乏批判精神与良心的行动……阿谀逢迎谄媚权势”的风潮。它为“抵抗时髦潮流而创刊”（新红版），志在“普及无

伪装的现实认识、冷静的科学精神,给国民提供立足于世界视野的有助于自主判断的著作”(黄版)。在红版中,关于中国的著作,有著名的维特法戈尔(K. A. Wittfogel)的《中国社会的科学研究》和葛尔夏柯夫(Glushakov. Pëtr Ivanovich)的《中国——经济地理概说》(莫斯科国立出版社1940年)的翻译版等。

我执笔的缘由如下:岩波书店编辑部的高林良治先生读了我在最后的工作单位广播大学(1992—1997年)期间执笔的三册教科书《民法——财产法》、《家族法》、《法学入门》以后,委托我执笔民法入门或者民法总论,我就接受了他的委托。经过几次商量,最终决定作为“岩波新书”中的一册出版(《民法总论》已由大村敦志先生执笔出版发行。该书中文版也有本书的译者张立艳女士参加,与江溯先生共同翻译,北京大学出版社出版)。

我作为专攻民法的研究者,自从事研究之初,一直就在考虑“民法是什么”的问题,逐步进行着研究。但是,这个问题对民法学者来说,自始至终都是一个困难的课题。在法学部连续从事法学科教育之后,在不以法律为专业的教养学部(日本的广播大学只有教养学部)执教5年后,从50年的教职退下来,终于有了执笔这种著作的机会。在这次执笔中,教养部部的教育经验有很大的参考价值。

总之,本书虽然是以“现代性教养”为目的的“岩波新书”中的一卷,是我第一次为非法律专业的一般读书人执笔的著作。但是,如同我执笔前述广播大学的教科书时感觉到的那样,即使在容易陷入法律技术教育的法学部,尤其是法律职业教育的研究生院,本书作为基础性教科书或者参考书也是有意义的。

本书与其说是对民法的逻辑构造作法学性的说明,不如说是从更多的角度,例如历史的、社会的、思想的等方面去审视民法,把民法作为社会的存在,全面地、立体地加以展示。虽然说本书是

相当于民法的所谓总论或者序论的部分,但作这种尝试,与前述我在民法各论上所著《民法——财产法》、《家庭法》一样,在日本恐怕都是没有先例的。再者,岩波书店编辑部的山本潮美女士帮我考虑了文章的结构、行文等方面如何能够使一般读者容易明白的问题。

再说得稍微具体些,所谓民法是关于人们日常生活的法,除了是由缜密的法律技术模式构成的法之外,还是在市场经济基础和市民社会基础这两点上形成社会构成原理的法,是多方面的规范体系。希望大家了解这些。特别是下面的两个方面,即所谓民法,与规定国家基本原理(constitution)的宪法相并列,是规定社会基本原理(constitution)的法。因此,在民主社会中,不仅法律家,而且普通人也应该关心民法。我一直在想,在规定我取名为“市民社会”的基本法律制度这一点上,这种观点对中国不也是适用的吗?最近,从中国学者写的书中了解到,在中国也设立了 NPO,并且在逐渐增多(王名、李妍炎、冈室美惠子:《中国的 NPO》第一书林、2002 年),这的确没有意义。

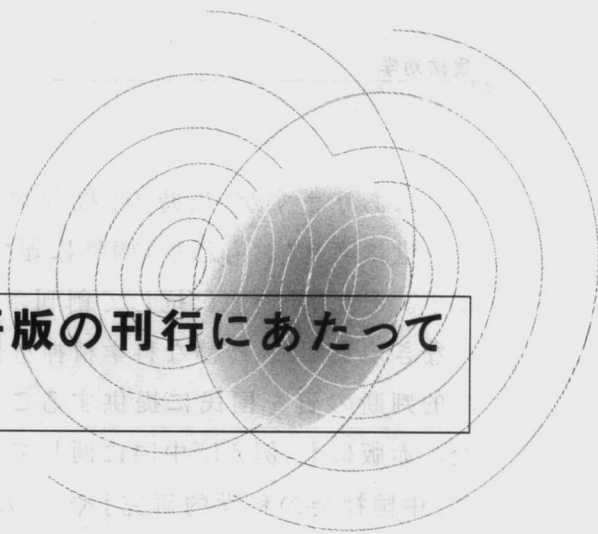
我想正因为是这样一本书,所以读者可以从各自感兴趣的部分开始读起。

如果本书能够在促进中国广大读者对民法在社会中及对人的重大意义的理解,并进一步地想要广泛了解法及法律的缘由等方面起到微薄的作用,这对著者来说就是最大的荣幸。

最后,对张立艳女士与于敏先生以及为本书的出版尽力的各位再次表示感谢。

星野英一

2004 年 12 月



中国語版の刊行にあたって

このたび、拙著『民法のすすめ』が中国語に翻訳されて出版されるはこびになったことは、著者としてたいへん光栄であり、嬉しいことです。翻訳にあたってくださった、北京大学大学院生の張立艶さん、最初に翻訳を申し出られ、校閲にあたられた中国社会科学学院の于敏副研究員に、心から感謝いたします。

本書は、岩波新書の一編として執筆されたものです。岩波新書は、1938年に創刊され、時代の転機にカバーを赤、青(1949)、黄(1977)そして再び赤(1988)と変えて、既に3000点も刊行されています。本書は、新赤版の第536巻です。創刊と各新装版ごとに巻末に新書出版の趣旨が書かれていますが、内外の古典を集める「岩波文庫」と並んで、「現代人の現代的教養を目的」として(赤版)刊行されているものです。1938年版の赤版における出版の趣旨は、社長岩波茂雄自身の署名によるものです。明治人である岩波らしさ、そして時代的制約の見られるも

のではありませんが、当時の「批判的精神と良心的行動に乏しく……世に阿り(おもねり)権勢に媚びる」風潮を強く批判しています。それは「時流に抗して創刊され」たもので(新赤版)、「偽りなき現実認識、冷静な科学精神を普及し、世界的視野に立つ自主的判断の資を国民に提供すること」(黄版)を志すものでした。赤版にも、例えば中国に関して、有名なウイットフォーク著「中国社会の科学的研究」や、グルーシャコフ「中国 - 経済地理概説」(モスクワ国立出版所、1940)の翻訳などが入っています。

私が執筆する機縁となったのは、最後に勤めた放送大学(1992~1997)の教科書である「民法 - 財産法」「家族法」「法学入門」3冊を読んだ岩波書店編集部の高林良治さんから、民法入門または民法総論の執筆の依頼を受けたことです。何回かの相談の結果、岩波新書の一冊とすることになりました。(なお、「民法総論」は大村敦志氏が執筆して刊行されました。その中国語訳は、本書と同じ張立艶さんと江溯さんとの共訳で同じく北京大学出版社から出版されました。)

私は民法を専攻する研究者として、研究生活に入った当初から、「民法とは何か」という問題を何時も考え、少しずつ研究も続けていました。しかし、これは民法学者にとって初めであって終わりでもある難しい課題でした。法学部統いて法学科の教育に従事した後、法律を専門としない教養学部(日本の放送大学は、教養学部だけから出来ています)で5年教えて、50年にわたった教職から退き、ようやくこのようなものを執筆することができたのです。これには、教養学部における教育の経験が大きな参考になりました。

つまり、本書は、「現代的教養」を目的とする岩波新書の一巻

であることから、第一次的には、法律を専門とするのではない一般の読書人に向けて執筆されたものです。しかし、既に前記の放送大学の教科書を執筆する時から気が付いていましたが、ややもすると法律技術の教育に陥りがちな法学部とりわけ法律職大学院においても、基礎的な教科書ないし参考書としての意義を持つものではないかと考えるようになっていきます。

本書は、民法の論理的構造を法学的に説明するよりは、民法に多くの側面——例えば歴史的、社会的、思想的面など——から光をあて、民法を社会的存在として全面的・立体的に示すことを志しています。民法のいわば総論ないし序論にあたるものですが、このような試みは、民法各論的に扱った前掲「民法－財産法」、「家族法」と共に日本で最初のものかと思います。なお、岩波書店編集部の山本しおみさんには、一般の読者にも分かりやすいように、文章などについて配慮していただきました。

もう少し具体的に言えば、民法とは、人々の日常生活に関する法であり、法律技術のモデルとなる緻密な技術を持った法であるほか、市場経済の基礎及び市民社会の基礎という二つの点で社会の構成原理を形成している法であって、多様な面を持った規範体系です。このことを知っていただきたいのです。特に後の二面、つまり民法とは、国家の基本原則（constitution）を定める憲法と並ぶ、社会の基本原則（constitution）を定める法であること、したがって、民主社会においては法律家ばかりでなく一般の人が関心を持つべきものだ、ということです。このうち、私の名付けた「市民社会」の基本的な法制度を定めるものだという点は、かつては中国にはあてはまらないかと考えていましたが、最近、中国の学者の書かれた著書から、中国においてもNPOが設立され少しずつ増えていることを知り（王名、李妍炎、岡室美恵子

「中国のNPO」第一書林、2002）、意味がないものではないと考えています。

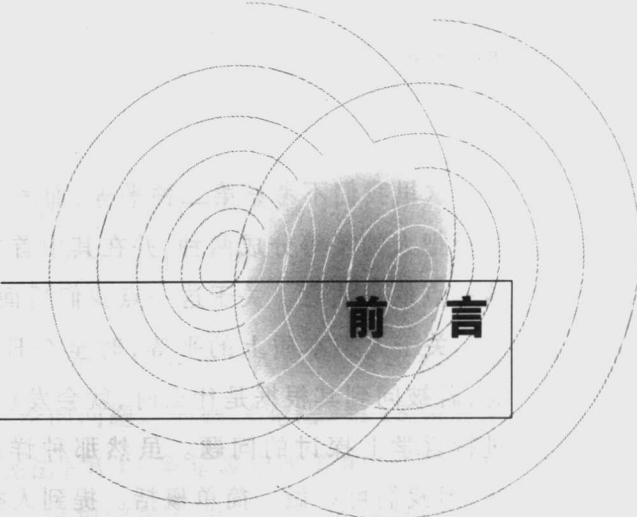
このような本書ですので、読者は、各自興味のある所から読んでいただければよいと思います。

本書が、社会においてまた人間にとって民法の持っている大きな意義を、中国の多くの読者が少しでも理解し、進んで広く法？法律を知りたいという気持ちを持つ機縁になることができるならば、著者にとって大きな幸いです。

終わりに、張立艷さんと于敏先生、及び本書の出版に尽力してくださったすべての方々に改めて感謝を申し上げる次第です。

星野英一

2004年12月



前言

从福泽谕吉的《劝学》出发

“天不造人上人，亦不造人下人”。

毋庸赘言，这是福泽谕吉《劝学》一书著名的开篇语。我在本书开头就引用这句话，并不是因为本书有冒昧效仿这一名著的奢望。我写此书是根据以下理由。

从人“生来无贵贱上下之差别”出发，福泽阐述了他所主张的学问对于众人的重要性，接下来又对人的平等作了略为详细的说明。即在序言的下一段以“人是平等的”为题对两种平等进行了说明。首先，论述了“士族”、“地头”和“百姓”、町民等平民和“个人对个人”的场合的平等。接着，论述了在“政府和人民之间的关系”中也没有“权理^①存在异同之理”的主张。

① 明治维新之前，日本人曾将荷兰语“regt”译成“权理”，也有人将之译成“权利”。后来政府认可了“权利”一词，使其固定下来。这在本书第八章的最后部分也有表述。——译者注

这里我们不考察第二种平等,而考察一下第一种平等。另外,福泽把人的平等分成两种,并在其中首先提出了人民之间的平等,这一点值得注意。关于这一点我们后面再讲。

关于人类本质上的平等,时至今日恐怕谁都不会有异议。但是,若被问到其根据是什么时,就会发现,这是一个非常困难、需要进行哲学上探讨的问题。虽然那种详细探讨并非本书处理的问题,但我们可以做一简单概括。提到人类本质上的平等,看来是始于希腊斯多葛哲学,并通过主张在神面前万人平等的耶稣教义确立了其理论基础,但实际上在古代的奴隶制社会、中世纪以来的身份制社会中,这种思想并没有在社会中得以实现。使其在社会上、政治上得到彻底贯彻的,是在提倡“一切人生而平等”的《独立宣言》(1776年)以后的美国,以及以《人权宣言》(1789年)第一条揭示“在自由和权利方面,人们生来是而且始终是平等的”法国大革命以后,以法国为首的欧洲各国。也就是说,现在,人在社会上、政治上的平等,已经被国家法承认,从而得到了实现。

如果不谈人民相互间的平等在思想上的根据,而问其在国家法上的根据何在,那么,可以说,它正是存在于民法之中。本书之所以要对民法进行论述,最重要的一点就在于此。

日本人对民法漠不关心

尽管如此,在日本,一般人都不太关心民法。不过,从1996年以来围绕婚姻、离婚规定的修改问题的新闻报道的情况来看,人们对这一问题表现出了相当程度的关心。

但是,由于民法是规定了现在人人都承认的人与人之间的平等、人的自由等社会基本原理的法律,所以很少看到有人再去关心它。这样一说,大概马上就会有人反驳道:“难道那些不是由宪法

规定的吗？”如果是关于宪法，通常人们知道的相当多，而且很多人对刑法也是很关心的。甚至在法国，国民对刑法的关心也要胜于对民法的关心。

作为今天国家、社会的基本价值的自由、平等，是由哪部法律规定的？这是学者们也在争论的问题。的确，《宪法》第13条和第19条以下是规定自由的，《宪法》第14条是规定平等的，这些被称作“基本性人权”。问题是，这里规定的自由、平等，是在与谁的关系上的自由、平等？关于这个问题，大多数人认为，这些权利首先是在与国家的关系上的权利，就是说，是可以向国家主张的权利，不过，这些也被适用于人与人之间，其思想渗透在各种法律，例如民法的规定之中。但是，最近又出现了一种认为宪法直接规定了人与人之间关系的见解。这就是被称为“基本性人权在私人间效力”的问题。这种讨论虽然源于德国法学，但在日本也有学者认为，日本国《宪法》第98条中规定了宪法是国家的最高法规，所以在日本的法律体系上当然也可以作这样的解释。

但是，按照这样的解释，那么，在大日本帝国宪法时代，其第二章“臣民的权利义务”中没有规定的东西（权利），在人与人之间也就不曾存在，可在当时的民法教科书中，民法上一些自由、平等的存在也是得到承认的。根据这种情况，可以认为，这些价值，是不待日本国宪法就应予以承认的权利。完全可以说，关于人的自由、平等，在与国家的关系上是由宪法加以规定的，在与他人的关系上是由民法加以规定的。

那么，日本人对民法漠不关心的理由何在呢？

其理由之一，根本上恐怕是根源于一般来说日本国民对法、法律都不太关心的状况。不过，除了美国那种被称为诉讼王国的国家之外，无论在哪个发达国家，一般国民可能都是同样的。即使在被看作诉讼相当多的德国，也有学者认为存在这种现象。但是，在

诉讼的数目上与德国相差不多的法国,既有巴尔扎克那种对法律叙述很多的作家,也有为了使文体洗练而每日阅读民法典的斯汤达那样的作家。尽管笔者在法国仅逗留了两年,但在笔者个人的印象中,至少能够感到法国的社会一般是受到法律的制约的。

日本人对法和法律不太关心的一个原因,是在高中之前的课程中,除宪法外,关于法、法律是不怎么进行教育的。的确,在社会科系的授课中有进行相当详细的法律知识教育的场合,但那只是单纯的知识,关于法、法律的基本思维方式和应然样态,却很少有人去讲授。这里也举法国公立高中(lycée,相当于日本的中学、高中)的例子,在那里使用的哲学和伦理学的教科书、单科大学的入学考试参考书中,关于近代法的特殊性质、正义等的说明,足以令日本大学的教科书相形见绌。虽然法、法律是规范,但在日本的中学、高中里,总感觉从来就没有人认真教授这些规范。不仅如此,严格的“校规”也总是遭人厌恶,进而产生出对一般规范的厌恶和漠不关心。尤其是对于青年人,规范是不太受欢迎的东西。

但更重要的是,正如法学家及许多学者所说,在日本社会中,法律不大受人们喜欢。关于这一点,虽然这样简单地加以断定是有问题的,有必要进行慎重的探讨,但仍然可以看到,在日本社会中实际上被施行的规范,不是法律,而是由义理、人情、信义之类占据了主流。形成这种状况的理由尚不明确。

现在为什么要学习民法

尽管如此,我认为现在正是该写《民法劝学》的时候,也是能够写的时候。其理由从大的方面讲有两个。

第一,是思想上的理由。在结束了经济成长期,迎来信息化社会,进入了高龄化社会之际,展望 21 世纪初的日本,可以说处于继

明治维新和第二次世界大战后的第三次大的转换期。处于这一时期,有必要在各方面培育以前没怎么谈到过的民法的思想。第二,是社会背景。在日本社会,也出现了在民法发祥地西欧各国人们所说的形成民法的社会基础的状况。

首先让我们来研究一下思想背景。

日本社会的第一个转换期,是废止了封建制、身份制并取而代之地确立了国家体制的近代化、经济体制中的市场经济以及资本主义经济;第二个转换期,是从君主主权国家向民主国家的转换。但是,通过这两次转换,无论在经济关系上还是在社会生活中,一方面种种形式的国家干预,另一方面与之对应地国民对国家的依赖意识依然顽固存在。

明治维新以来的国是,是“富国强兵”。为此,首先是由国家形成市场经济的基础和培养、保护以国家为主导的产业,即强有力地推进“殖产兴业”政策^①。

第二次世界大战战败后,根据被全面修改的宪法,和平主义成为国是,“强兵”政策被废止。并且,构成了基于国民主权思想的民主国家体制。在经济上、社会上,通过农地改革使农民从地主制下解放出来,通过承认劳动者的团结权和进行团体行动的权利,确立了其经济、社会地位,通过财阀解体和禁止私人垄断政策促进了公正、自由竞争,确保了消费者的利益和国民经济民主健康的发展,所有这些,显示出与旧时代截然不同的根本性转换。这三个方面的转换,当然都是以基于作为个人的国民的主动权(initiative)的活动为前提的。

但是,就连大企业也期待着得到国家以种种形式实施保护这

^① “殖产兴业”:增加生产,振兴产业。日本明治前期由政府推行的发展资本主义的政策。目的在于富国强兵,打算以军事工业和官营工业为中心,引进欧美的生产技术与制度,迅速发展工业。——译者注

种感觉自明治时期以来一直存在,而福利国家的成长更加助长了这种感觉,即无论什么事情都要依赖国家或公共团体来承担责任,这样一种全部交由上面安排的国民意识,直至最近都难以根除。支撑着国家的是一个一个的国民,在国家之前有个人,自立的个人为了彼此而相互协助建立社会的思维方式,即使就所谓反体制势力而言,作为抽象的思想另说,在其活动中也谈不上得到了充分发挥。他们的活动中心还是针对国家的,集中在打倒现在掌握国家权力的人自己取而代之,或者尽可能多地从国家获得一些分成。这样,本应构成战后改革隐含前提的国民主动权就始终没有培育起来。就连强调自由经济活动的大企业,也不能不出现试图通过与国家,即行政府、立法府乃至政党之间的强有力的联合得到发展的情况。这就是最近受到强烈批判的“政官财勾结”。

但是,这种经济构造正在受到来自“放宽政策”之名的“外压”而崩溃,在随着人口结构高龄化和财政困难导致福祉紧缩而不得不带来某种变化的今天,为了向着重视个人主动权的社會迈进,人们已经开始重新注意到改革这种国民意识的必要性了。

民法,正是作为构成这种日本即将到来的社会基础的组成部分,是“社会的 constitution”。在日本,constitution 多被译为“宪法”,本来这个词是某个组织的基本构成原理的意思,这里用的也是这个意思。至少在打破身份制社会建立起近代国家的法国,是这样认识这个概念的。这样来看,虽然有些迟了,但对现代的日本国民而言,学习民法思想仍然是非常有用的。

另一方面,民法,自罗马法以来在西欧历经了漫长的岁月,通过各个时代的法学和法律实务的洗练,已经成为使用语言的极为高度的技术。就像在本书第八章中讲述的那样,日本在明治维新之后,急切地引进了这种技术。这也成为日本国民对法律敬而远之的一个原因,进而也成为人们对于贯穿民法的近代社会、甚至对