

民法上的人^[1]

[德]汉斯·哈腾鲍尔* 著 孙宪忠** 译

一 作为权利主体的自然人

如果要问德国民法典的总则编规定了些什么问题,法学家们首先会笨嘴拙舌地描述出一幅这样的图画:总则编要规定那些“提取公因式”的法律问题。然而,这个问题的正确回答应当是,总则编规定了对民法典其他各种权利发挥统帅作用的那些最上位的概念。这些概念在民法典中即是:(1)人、(2)物、(3)法律行为。我们可以借助于民法学中最高位的概念“私法自治”原则所表达的意思,清楚地看出立法者在民法学这三个基本概念的排列顺序中所表达的法律政策意义。

立法者在总则编中规定的这三个基本概念,首先就是“人”的理论(民法典第1条至第89条)。但是,民法典的读者在看到这一部分内容的目录“第一章:人”、“第一节:自然人”这些概念时,往往会感到迷惑,因为“人”这一名词在总则编中只是在一个比较隐蔽的地方才能看到。首先跃入读者眼帘的,并不是“人”而是“自然人”:

“第一条 自然人的权利能力始于出生。”

因为民法典第一章的题目是“人”,读者当然期待着对“人”的定义。但是该条文中的主语却是“权利能力”;“人”隐藏在“自然人”的所有格之中。这样读者也许会产生一个误解,以为“自然人”和“人”的意思是一样的。如果没有经过认真的思考,一般人可能无法理解其中的区别,从而把“人”理解为“自然人”。显然,该条法律中并没有“人”这个名词。这一规定中反映着一个重要的背景,这一点在立法者看来是毫无疑问的,而且它就是根据这一背景下确定的意思规定了这一条文。当时,大家关于“人”的立法概念的理解在本质是没有区别的,所以立法者可以将大家的共同理解作为立法的出发点。但是,今天要理解其中的意思,就必须返回到一个世纪以前的法学传统之中,甚至必须确定当时普遍认可的立法意思。1794年制定、而且直到1900年德国民法典生效之后才失去其效力的《普鲁士普通邦法》在制定的时候,对这一条文所反映的立法问题是非常仔细地注意到了。该法第一编的第一章,规定的是“人及其权利”,它非常仔细地确定了其中的概念区分:

“第一条 自然人,只有在民法社会中享受确定的权利时,可以称为人。”^[2]

在法律上“自然人”与“人”的意思并不一致,所以根据这一条文也可以清楚地看出,自然人可以是法律规范中的主体,有时甚至也可以是法律上的人所支配的客体。然而当代法律意义上的“人”就是自然

[1] 德文关于“人”的概念“Person”的应用与汉语有相当的不同,它指的是法律上的人,而不是从自然人(Mensch)中抽象出来的一般人。法律上的人强调的是法律关系主体的资格,而自然人强调的是其生于自然灭于自然的形态。故奴隶可以为自然人,但是不可以为法律上的人(Person)。民法上的人,即法律形态上的人。在讨论民法上的人时,必须首先对这一背景予以了解。——译者

* 汉斯·哈腾鲍尔(Hans Hattenbauer),德国基尔大学教授,本文选自其著《民法基本概念》(Grundbegriffes des Bürgerlichen Rechts, Verlag C.H.Beck 1982)的第一章。

** 中国社会科学院法学研究所教授,民法研究室主任,博士生导师,中国法学会民法学经济法学研究会秘书长。

[2] 此处“民法社会”(bürgerliche Gesellschaft)一词,以前也被译为“市民社会”或者“民间社会”。——译者

人,是每一个人;而且只有自然人才是“人”。通过对这两方面意思的表述,可以清楚地看出人和自然人的概念在法学上的区分。因为《普鲁士普通邦法》在人的定义上是以前理性法的观念为基础的,它对启蒙时代阐发的“自然人性”理论是非常熟悉的,所以对人的概念在立法上的理解可以说没有任何问题。

二 只有自然人才是人

只有自然人才是人。这一判断包含着这样一个意思,即在基督教文化中,或者说在基督教的思维体系中,有人直到今天还在寻找着自然人之外的其他“人格”载体。日耳曼农民要在圣诞节的平安夜和他们的家畜们说上一阵子悄悄话。他要给它们逐一命名。当老农民去世之后,其后人要会分配这些马匹。战士决斗之前要和他的剑作一次谈话,这支剑的名字对战士的命运可以说是至关重要。人们在日常生活中必须经常和各种不同的物品打交道,比如动物和树木,所以人们一般知道这些物品的名字,用物品的名字来说话。所以,当一个人在说到某个物品时用的是人的名字时,比如提到“法拉达”这个常见的人名,而其实说的是他们家的一匹马时,这是毫不奇怪的。神灵们居住在图片上,或者居住在一些自然物质之中。人们一般并不去问,为什么一块被雕刻的木头在人们朝拜时就成了神灵或者神灵的居所。在那些与木头说话并且给与木头圣名的地方,人们还在寻找着这些木头上的人格。开汽车的司机也常常给他们的汽车一个名字,开摩托车的人也常常悄悄地抚摸着他的宝驹,与“她”交换着私下的情感,以获得她给与的精神上的安慰。像那些虔诚的神灵祈祷者信仰上帝并且经常亲切的呼唤上帝一样,政治家和哲学家们也常常将他们的政治信念人性化了,他们向称呼人一样称呼“资本”、“劳动阶级”、“社会”、“人民”,并且常常把这些“人”的力量拉向自己一边。一个人如果总是信赖自己身边的某种物品或者信念的话,他就会经常用这种“人格化技术”把某种物或者某种信念人性化。

在法律上把“人”的概念仅仅限于自然人的过程,实际上经过了很长的历史才获得了成功。塑造了这一理论基础的,是近代史上著名思想家托马斯·阿奎纳(Thomas von Aquino, 1225—1274)。按照他的理论,自然人是上帝所创造的唯一、既作为被造物又同时作为其他的被造物之王或者主人的造物,这一点可以从圣经中看出来。中世纪的人们都承认其他的各种被造物具有人的品格。难道驴子没有权利在草地上吃草吗?难道人们不能承认上帝创造的动物与动物之间的不同地位而形成的“秩序”吗?难道太阳不能像上帝创造时安排的那样有权利在天空照耀吗?为什么我们不能像圣弗兰西斯卡所说的那样,称呼我们的“太阳兄弟”呢?

把自然人和其他的被造物明确区分开,而且在法律上明确只有自然人才具有法律上的人格,这一点一直到15世纪至16世纪时才肯定下来。随着美洲大陆的发现,人类可以支配的自然资源大大增加了。这样就产生了一个问题:西班牙—葡萄牙掠夺者还可以征服的世界到底应该有多大?这一争论中首先提出的是印第安人的地位问题:是否“发现者”可以把他们像其他那些没有理性的动物一样打死并且把他们的珍宝和土地一并掠夺呢?依据旧的被造物秩序理论和法律制度,对这种残酷的现实简直是无计可施。于是,教会方面便以创造了一种“西班牙人的自然法”,并且以这种理论的权威面目出现,提出了一种至今仍然有效的“界限标志”理论:鉴于美洲大陆无法估量的巨大自然资源,法律上承认那些没有生命的或者植物、动物一类的东西以及其他更多的被造物具有人格,并且在法律上把他们像人一样保护的看法,简直是一派胡言。按照这种教会自然法理论,这些被造物部分可以由美洲大陆的征服者自由支配。但是为了保护美洲大陆的印第安人,教会方面清楚地指出,即使这些印第安人的长相和举止与欧洲征服者们是多么不一样,他们也是自然的人。作为自然人,印第安人在法律上也是人,他们的生命和财产应该享受到全部的保护。如果依据暴力夺走他们的财产,那就是抢劫;如果在抢劫中把他们打死,那就是谋杀!

三 一切自然人都是人

在了解近代史上人的概念时,必须同时掌握这个概念的另一方面的意义:每一个自然人都是人。这一句话的根据,我们可以从圣经里、从人与其他动物的区别——如只有我们人所获得的上帝的形象以及只有我们人获得了上帝给与的智慧,而其他人和动物均没有这些特征里看出来。上帝给与的智慧造就了我们人类。但是,这一恩赐并不仅仅只是给与人类中的一部分的,也不仅仅只是给与阿伯拉罕的。^[3]上帝的这一恩赐其实是给与了一切人类始祖亚当的,所以具有智慧是一切人类共有的特征。

翻开圣经的第一页,或者查阅一下基督教关于“人”成为最高造物形式的理论时,可以发现所有上述这些理论并不是当然成立的。自然人的“人性”在原始创生时期并不是一起就给与了人类,而是给与了人中不同的性别、不同的种族和人民。人与人之间的法律关系,产生于一个人所归属的家族,而且该家族也承认此人归属于它。只有这个家族才可以要求此人在战争与和平之中为集体的利益做出贡献;反过来,集体也一定会为此人提供必要帮助和社会的安全。首先,一个人必须为家族的和平承担义务,在与其他家族发生争议时必须服从本家族首领的命令。但是在面对敌对者的时候,他应该同仇敌忾,对敌人不承担任何法律上的义务,恰恰相反,可以把敌对者活活打死,比如根据古代日耳曼法,可以让敌人流出最后一滴血。原因很简单,敌人来自敌对者家族。而且因为和敌对者之间没有任何法律关系,所以对杀死敌人不承担任何法律责任。打死人犯法的规则只适用于自己的团体内部。所以在古希腊的战争中,战胜者可以将被征服城市中的男女老少毫不迟疑地统统杀死。对居住在地中海地区的巴勒斯坦人和犹太人而言,将那些不断扩张的对方民族的居民全部消灭,是真主或者上帝的箴言,如果忽略履行这一杀人义务,本身就是最为严重的宗教犯罪。即使是在现代的一些法律中,灭绝人种、灭绝民族也不是杀人犯,因为那些被害者并不属于自己的人民,敌人只能由敌对者的法律保护,而不由自己的法律保护。在这样的意识形态中,“人”这一法律概念是找不到的。

将那些不属于自己人民的外人甚至是敌人也当作“人”,只是因为他是自然人类中的一员,从而杀死他也是犯罪等这些观念,在西方最早可以从以色列的预言家们的箴言和教会方面的信条中看到。这种观念在16至18世纪随着理性法的兴起而大大扩展开来。就像我们今天知道的那样,人自出生以后,就应该无疑受到世界各个国家的法律保护,而且受到其他人的尊重。人格应该在法律中是最高级的概念,具有法律上最独特的权利性质,其法律上的价值甚至超过了人所属于的小小的家庭和人民。为了使得每一个自然人都能享有人格,理性法学家和启蒙思想家们坚决反对当代社会对人的概念的限制和对自然人的分类。对任何一个自然人而言,成为法律上的“人”的前提条件只能有一个:他是自然人。那些附加的条件,如真诚的宗教信仰、充分的理智、适当的出身、优越的性别以及财产和地位等,都不是成为法律上的人的前提条件。当一个异教徒、无信仰者、印第安人、犹太人、女人甚至是流浪汉在主张自己的人格时,法律上不应该有任何障碍。这一理论不承认自由人与奴隶之间的区分,不承认不同的宗教信仰者之间的区分,也不承认农民、市民和贵族之间的区分。他以与奴隶制、异教徒法、等级制国家作斗争作为自己的基本信念。德国基本法第三条规定的平等原则就是以这种观念为本源的,它所倡导的基本精神与理性法学家、启蒙思想家们倡导的观念是完全一致的。

四 出生与死亡是人的界限

然而法律上完成人的概念转化的,并不是启蒙时代的立法,而是《普鲁士普通邦法》。该法明确宣告了一个定义:“人就是每一个自然人。”但这样一个宣告又必须明确另一个前提条件。这个问题来源于对自然人特征的确定。那些还没有出生的、或者已经过世的人,是法律上的人吗?针对这一问题,必须确

[3] 阿伯拉罕,圣经中人类的祖先之一。——译者

立一个法律上的人的时间上的标准。理性法对这一点的贡献是将“现世性”作为确定法律上的人的标准。关于出生之前人从何处而来,去世之后有没有地方可以去以及去到何处的问题,明显不属于法学要解决的问题。法律只能涉及那些构成这个现实世界每一个自然人的属性问题,所以法律只能规定现世的生活。正因为此,在理性法的观念中人只能是介于出生和死亡之间的、依靠其肉体生活的自然人。对于这样一个问题,《德国民法典》第一条有明确的规定,而《普鲁士普通邦法》比起德国民法典来基本上没有做什么规定,但是这一点在法学家的观念中可以说是一个当然之理。

在讨论自然人与法律上的人的界限时,还有这样一个问题:那些出生于人的生命体,但是却无法在他们身上唤醒自然人必然具备的理性时,是否也可以成为人?在任何时代里都有一些生来具有严重智力残缺者,他们具有生物意义上的形体,但是却没有任何语言能力。很久很久以来,科学家们一直在探索着那些只能够呼吸的生命体是否也具有接受能力的问题,但是答案却总是让人失望。这样一种经验使得理性法学家们下决心把“智慧”当作自然人以及自然人格的确定标志。所以《普鲁士普通邦法》很顺从地接受了这一学说,并且作出了这样一个区分性的规定(第一卷第一章第17条):

“出生于人但是不具有人形和人的特征的,不得主张家庭法和民法上的权利。”

然而对这一规定,该法又同时附加了一条戒律(该法第18条):

“上述生来畸形之人,必须获得养育而且应该生存至尽可能的期限。”

但是,就如何判断这些“人”所拥有的智慧的问题,该法没有提出任何条件。那些出生于人而且具有自然人的外在形体者,当然一般均被当作具有思维能力的自然人。即使那些“兴奋狂”、“痴迷狂”和“痴呆病患者”也都是法律上的人。其他人在看待这些人的时候,应该首先将他们当作具有完全的“精神力”的人。他们即使成为被监护的对象,也不能自然丧失其人格。

五 人的群体性

《普鲁士普通邦法》将“享有民法社会的权利”是当作法律上的人的概念的本质而加以规定的,这里一方面的意思是,自然人可以自己享有、或者必要时借助于监护人享有其权利——不必为了作一个法律上的人而自己行使其权利。但是这种宣告中包含的另一个意思却更为重要:自然人作为一个个体或者只有一个自然人时,不能成为法律上的人。要成为法律上的人,他必须获得与其他人组成的“社会”成员的资格。理性法学家约翰内斯·阿尔图苏斯(Johannes Althusius, 1557—1638)在他提出的曾经对后世法学发生过重大影响的“法律的概念——体系分析”学说中,对这一理论进行了十分深刻的表达。在他的《罗马法对话录》(Epitome Dicaeologiae Romanae)一书中增写的《关于罗马法学中学说汇纂的两人自由对话》(Jurisprudentiae Romanae Digestae Libri Duo)(该书第五版,1623年版第6页)中,他为法律上的人所下的定义是:“作为法律社会团体成员的自然人。”

所以理性法学家们认为,任何法律上的自然人都只能是一个确定的人类社会背景中的单一个人。但是,必须首先掌握的是,人的社会是按照单一个人的意志组成的,是由单一个人组织起来的社会进行统治的,了解这一点非常重要。在法律上必须首先考虑的是单一个人,然后才是负担着每一个个人生存的社会。

关于理性法学家的上述理论,可以从丹尼尔·迪福(Daniel Defoe, 1659—1731)的《鲁宾逊漂流记》一书中找到一幅图解式的描写。迪福的书不是儿童读物,作者想通过鲁宾逊那一段不正常的人生经历,为理性法学家社会理论的真实性的提供一个具体的可以看得见的证明。那个在其乘坐的轮船沉没后漂流到荒岛上的,只是自然人鲁宾逊·克鲁索。这个时候他只是一个自然人而不是法律上的人,这个人作为自然人具备了上帝所创造的人所应该具备的能力。这个时候他可以向上帝感恩表达其生的欢乐。这时为了构筑他外在的针对自然界的安全,他尚不需要他人。为了实现对这个无主岛屿的占有,他重复了作为人对这块土地的占有宣告。这样,他成了他的世界的统治者。这个新世界提供给他食物和抵御自然危害的安全条件。在轮船沉没后发现的圣经引导着他重归到了基督良知的怀抱。做到这一切,鲁宾逊不

需要发生与其他人相处的事情。然而,如果要在他身上产生权利以及他要成为法律上的人,他就必须遇到另外的人。但这时他首先遇到的人却是食人生番,这些自然人的所作所为使得鲁宾逊无比惊骇,因为在食人生番眼中,陌生人和水果没有什么不同。因此鲁宾逊只能远远地和他們保持着距离,而不能和他們组成一个人间社会。他们相互之间是敌对关系,他们之间居住在一个空间里,那只是一种暂时的、无意识地仅仅“居住”而已,没有任何法律上的意义。在这些作为自然人的条件理清之后,才真正发生了具有法律意义的事件,星期五进入了鲁宾逊的生活。鲁宾逊没有从星期五面前逃跑而去,也没有把他变成自己的奴隶,相反,鲁宾逊和他订立了一个“合同”,这个合同的根本意义,正如其字面所表达的,是要在这两个人之间产生和平与法律。在订立合同之后,两个人之间的民法社会产生了。这个合同其实代表着一种社会契约,根据理性法学家的观点,这个社会契约产生了自然人的社会,而且因此产生了法律与权利。在鲁宾逊独自占有岛屿的时候,他只是承担着对上帝的宗教约束,因为上帝赋予了他生命。而后来和其他的人的相处,才产生了人与人之间的权利和义务关系。从一个单纯的占有人鲁宾逊演变为岛屿的所有权人和建立岛上王国的过程,是因为星期五的参与。在自然人所组成的社会里确保和平的必要性产生了法律和权利,就像鲁宾逊和星期五所享有的那样。因为社会契约的产生,他们都变成了“人”。所以法律制度是人的社会里和平的象征。

六 作为权利能力“主体”的人

伊曼努尔·康德(Immanuel Kant, 1724—1804)以如下的论述将人的理论推向了顶峰(《习惯的形而上学》之导论,第4卷):

“(法律上的)人是指那些能够以自己的意愿为某一行为的主体。”

他在上述论述后又说到:

“人不能服从那些不是由他(他自己单独或者和他人一起)、而是由别人制定的法律。”

康德提出这一理论的目的,是为了将自然人自己的能力作为其为自己负责任的根源,并在这一基础上建立人的概念理论。在提出这一理论之后,起决定作用的不再是人与动物之间的区分,即人所拥有的绝对智慧,而是人能够、或者应该为其权利或者义务所抱有的善意或者恶意的心态,以及他对自己行为是有益还是有害的内心意思。为确立这种责任自负的能力,康德把人的行为深深扎根在自由这一立法的基本规则上。民法社会的自由理想和法律上的人的理论因此牢牢地融会在一起。这样,关于法律上的人的理论探讨似乎就要结束了。

康德的理论阐述了法律思想的巨大变革。他所探讨的不是“自然人”,而是“主体”。很清楚,在他看来,这样的主体只能是自然人。然而这种语词上的变化更加强强调了法律确定的人的作用。那是说,自然人是“法律主体”。时代越发展,“人”这一概念的使用就越来越少。理性法学家们为这一概念所作的种种斗争似乎已经被人忘记,因为他们的胜利似乎是确定无疑的了。但是应该注意的核心其实是关于“人”这一概念究竟在法律上发挥什么作用这一问题。随着“法律主体”替代“人”,产生了“权利能力”理论,即一个自然人享受权利和承担义务的能力的理论。因此,德国民法典第一条规定人的权利能力这一概念的当然性,也就是毫无疑问的了,因为民法典很清楚地要贯彻在当时已经非常清楚的法学理论。

当安东·弗里德利希·尤斯图斯·蒂鲍(Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772—1840)于1805年发表其对19世纪上半叶的法学发展具有极大影响的著作《潘戴克顿法学体系》时,他的论述不是以对“人”的探讨开始的。相反,他的探讨首先是法律、法律的本质、法律的产生、法律的约束力、法律的制定、法律的废止和解释、法律的范围和目的。然后,他从本质、根据以及产生方式上探讨了权利与义务。在对这些理论进行探讨之后他才开始了对“人”的研究:“关于作为权利与义务的主体”。关于理性法学家对人的概念的探讨,蒂鲍没有提起,他是这样说的(该书第207页):

“任何一个权利的主体者,尤其是人们将其称为民事权利的主体的时候,立即成为法律上的人。”

即使在该论述中自然人作为主体必须拥有智慧和自己意思这两个因素得到了强调,但是蒂鲍的理

论对法律上的人的理论没有做出多大意义的贡献。以蒂鲍的观点,法律上的人的意义虽然重要,但它却不是法律制度的最高概念,他只是在说明法律时发挥着作用。也就是说,在蒂鲍的理论中,人只是与一定的权利和约束力、与一定的地点和法律制度以及与其承担的义务之间的一个连接点而已。从此,人的概念本身已经不再显得重要,重要的是人的权利能力。当法律把人规定为一个上位概念的时候,法律只是把人这一概念当作一个工具,借助于这个工具立法者可以建立作用于社会的规范体系。

七 作为法律关系基本构成要素的人

在人的概念这一问题上,萨维尼(Savigny,1779—1861)提出了法律关系理论,并且根据人的本质将人限制在法律关系主体的意义上,这就大大地缩小了人的问题所涉及的范围。

“任何法律关系都是产生在一个人与其他人之间的关系。作为法律关系第一个必要组成部分,对这个概念需要进行研究的,是人可以和其他人相互之间建立其法律关系的这一本质。对此还应该回答这样一个问题:谁可以作为法律关系的承担者或者说是法律关系的主体?这个问题涉及到某种权利享有的可能性,或者说涉及到权利能力……”(《当代罗马法体系》第11卷,第60页)

萨维尼没有在“人”这一概念的定义上多作纠缠。他说到人时总是使用复数。因为,要建立一个法律关系至少需要两个人。这样,人就成了实现一种崇高目标的所必需的构成要素。人不再是法律的基础。对法律上的人而言,起决定性作用的只是对法律关系的建立发挥作用的那个特性:权利能力。这个概念与阿尔图苏斯所说的“一般性权利”(communiojuris)不同,也不是《普鲁士普通邦法》所说的“享有权利”。对自然人而言,权利能力是法律制度规定的客观前提条件。据此每个人可以享有权利。

18世纪大革命的激情令人惊讶地迅速消退,而保守的声音成为当时法学界的基本调门。萨维尼在其1815年发表的论文中向我们传达的,就是这种背景下当时德国法学界表达出来的哲学思想。他在为《历史法学杂志》所作的导言论文中提出了这样一个问题:

“从过去延续到今天、以至于延续到未来的人与人之间的关系到底是什么样的?”

萨维尼激烈地批评了那种一个时代的人有自己时代的命运、因此可以自己决定自己的法律观点。恰恰相反,每一个时代的人都不能脱离历史,历史是法律的源泉。任何一个时代的人,都不可能任意地改变已经呈现在他们自己面前的世界:“相反,任何人都必须与自己的历史共同生活,这是无法改变的。”

因此在探讨自然人时,必须否定其在法律发展中所发挥的作用。人们与其生活所依据的法律生而俱来,如果一个人能够自愿地被镶嵌在他所信仰的法律制度中,那么他事实上与他所在的法律所确定的目标就融为一体。但是,此时正在高涨的自由主义思想却试图与萨维尼的保守思想保持距离,并从理性法学与萨维尼理论的结合中找到自己的出路。这种思想在《萨克森民法典》中可以清楚地看出来:

“第30条 每个自然人都具有权利能力。

第31条 以他人为奴隶、或者基于农奴制所行使的强权为法律所禁止。

第32条 人的权利能力始于出生。为胎儿的正当利益考虑,在其出生之前,其暂时与自然人具有同等权利能力。出生时死亡者视为在法律上不存在。

第36条 权利能力终结于死亡。”

到此为止,作为法律上的人的自然人的本质,仍然是通过对其权利能力的规定来表现的。但是该法明确地宣告并保障了废除奴隶制和农奴制的伟大自由主义精神。

八 “人格”替代“人”

在社会主义者走上历史舞台后,他们也没有返回到启蒙时代所揭示的关于法律上的人的原则。这种19世纪和20世纪的思潮,没有将理性法学关于人的概念死而复生,相反,它更加偏离理性法学的思想,更加注重法律上的技术手段。在自然人的法律资格问题上,他虽然仍然遵守着一切自然人均享有权利

利能力的准则,但是在对自然人的法律属性向前推进的时候,他却使用了“人”这一概念,而是使用了“人格”这一概念。“人”的概念是从罗马法继承来的,而“人格”这一概念却是18世纪末期创造出来的。正如许多法律上的概念是从启蒙时代的思想中突然冒出来的一样,人格这一概念突然间挂在了许多人的嘴边。在那个时代里,人们不说“自然人格”而只是倡导“人格”,这不是没有意图的。启蒙时代的思想家们也多次强调过这一理念。因为不想使得这一概念看起来具有极权国家当局的色彩,所以必须从这一概念中发现新的内容。在启蒙思想的追随者看来,“人格”会给极权政府机关扩大其权利的机会。比如,为什么大家应该尊重国王,不是因为国王有一个国王爸爸,而是因为国王通过其个人的贡献,证明其具有履行其国王职责的精神和能力。当时普鲁士国王弗里德里希二世正是这样描述了一幅国王“人格”的图画。也正是因为这样,这个国王给自己命名为“大帝”,从而戴上了一顶别人难以企及的桂冠。这样一种人格理论,包含着给独裁者提供支持的哲学内涵。然而,这样的人格并不是每个人都能够因为自己的自然人肉身而获得赋予的。因此“人格”这一称谓在当时实际上成了一种名誉头衔,这和“人”这一概念所表达的意思有巨大的区别。人格在当时是要授予伟大人物的,他们因为具有模范的思想或者功绩,给当时的历史打上了自己的烙印。我们可以从摩西、门德尔松和约翰·沃尔夫冈·歌德身上看到这样的人格。这样有人格的人,值得大家顶礼膜拜并且纷纷效仿。所以“人格”是“自然人格”中的圣贤,是上帝之子的“最高荣誉”。比如说歌德,虽然是一个自然人,但是通过其“人格”证明他超过了其他任何人。

“人格”这一名词不同寻常的发展过程说明,它原来并不是法律上的概念,而是伦理中的概念。是康德把这一概念引入到哲学中。当康德把自己的人格理论建立在伦理道德的基础之上时,他在自己的法学理论上投注的热情,远远不及他对“实践理性批评”上投注得多。在解释“纯粹实践理性的发动机”中的观点时,他说自己是在一种“庄严的、自豪的名义下”承担着一种他自己都不能足够颂扬的义务,根据习惯上的来源来解释这样的问题。他的回答是:

“一个自然人,除了他根据自己的经验对自己在这个世界上的生存以及自己的全部目的……均进行了认真的思考、在理解后经过考虑才把自己系结于物质世界的制度上之外,不应该承受其他的束缚。所谓人格不是其他的东西,……它指的是在整个自然界那种机械式的规则之中保持的自由和独立,同时也包括他对自己的财产比如所有权依据自己的理性所归纳出来的实用法律的观察力;对这样的法律,人们在自己的人格从属于的那个物质世界的时候是必须服从的,当然人也有自己的精神世界……”

在康德的观点中,人和人格的概念是同时出现的。从他的表述看,人是法律上的概念,人格却是习惯上的概念,表明人应该具备发展自己的自由能力。康德把人格这一概念使用到日常生活中的解释略嫌草率,结果造成了这一概念到处套用的情况。这种人格的享有和取得,显然对一切人都是毫无阻碍的,只要人们能够履行自己的义务就行。从这一点在往前跨进一步,就达到了“人人平等”的原则,每个人都已经享有这样的人格。在法律发展史上,人“只服从于自己的人格”这一原则具有非常伟大的意义。在这一原则中,人的概念并不具有最高的价值。道德伦理上的良知超过法律上的人。理性法学家们其实已经把这种良知确定在法律上的人的概念之中了,只是后来自由主义的意识形态将这一点从人的概念中取消了。这个降格为民法学说中一种仅仅发挥着建设性的辅助作用的“人”理论,还应当和新出现的市民政治那些时髦政治信仰语言建立某种联系。尽管如此,它毕竟只是一个包含着政治信条的口号,而不是一个精确的概念,即应该用“人格”这一名词为即将到来的新世纪的市民政治提供根据的概念。不过,为了弄清楚“人格”这一伦理上的概念在法学上的含义,法学家们又花费了数十年时间。但是法学家们想把“人格”这个时髦名词确定为法学概念的努力还是没有成功。大约在康德的“人格理论”统治法学界80多年之后,1866年格奥尔格·卡尔·纽内尔(Georg Carl Neuner, 1815—1882)的著作《私法法律关系的性质以及种类》出版后才有了改变。该书没有承袭了萨维尼所创造的对私法具有决定性作用的法律关系的概念意义,而且对“人”以及“权利能力”的概念在法律上同时加以规定也没有提出反对性的意见(该书第17页脚注1):

“权利能力的本来意义并不是人格权利的组成部分,而是公共政策(即公法)对这种权利的所施加的

约束(只有具有权利能力者才能够享有人格上的权利),其他私法上的权利也有此种情况。”

在人的理论发展历史背景下,纽内尔提出了“人格的权利”这一概念。对这一新的权利的内容,他继承了康德的观点(该书第15页):

“对于人格的权利我们的理解是:这是一种人能够自己确定自己的目的、并且能够按照确定的目的发展自己的权利。”

对这种思想加以运用的是现今《德国基本法》第2条的规定(“人格自由发展权”)。取得宪法上规定的地位,说明人格权这一权利已经成为法学家的语言。纽内尔选择的这个词汇符合当时的政治时髦,那个时代盛行自由主义思想。这个词汇在法学上的不确定性对他来说不算是什么。首创“人格权”一词是他自己承担的为基本权利建立保障的伟大任务。1849年编制的《圣保罗教堂宪法》的草案中已经包含了规定基本权利的条文,^[4]但是从来没有生效过。19世纪自由主义者们关注的,是如何将那些体现着公民自由权利的理论直接在立法上确定下来,而对这些理论,政府方面却反对将其作为宪法的组成部分。将人格权理论引入私法,其实是一种替代方式,是当时环境下服从一定压力的结果。这种临时应付的特点,人们可以从倡导这一概念的人们所使用的那些尚不熟悉的、不确切的用语中看出来。在私法中人们照样可以高喊着宪法中那些热情的口号。但是就反对者看来,人格权理论没有提供一种确定的概念。“人”、“人格”、“人格权”这些相互关联的词汇,含义都是不确定的,而且彼此之间可能是同义的。

九 “一般人格权”

在法学家们就人格权的概念争论半个世纪之后,到现在人们还是不清楚这一概念确定的法律内涵。对此,爱杜亚德·惠尔德(Eduard Hölder, 1847—1911)在其1905年出版的《自然人和法人》一书的开始就介绍说:

“人的概念与人格的概念在法律中常常是在同一个意义上加以使用的。这两个词表示的是同一个特性,一个具有多方面属性的东西。因为没有人不具有人格,同时人格也离不开人,所以这两个概念常常可以被作为一个概念来使用。”

当惠尔德写这本书的时候,法学界关于是否应该承认人格权这一概念争吵得一塌糊涂。在这期间,奥托·冯·吉尔克(Otto von Gierk, 1841—1921)在其《德国私法》一书中强烈呼吁,要求承认“一般人格权”这一概念。吉尔克在1895年所写的这本书里以近乎狂热的激情为采纳人格权这一概念发出了呐喊。他说(该书第1卷第702页):

“我们所说的‘人格权’,就是指保障一个主体能够支配自己的人格必要组成部分的权利。正是在这意义上,该权利可以被称为‘对本人的权利’,而且通过这一客观性的表述可以清楚地将它与其他权利区别开来。……作为一种私法上的特别权利,人格权与我们所说的一般人格权有清楚的区别,因为后者指的是由法律制度保障的、要求自己作为一个人应该享有的请求权。人格权是一种主观权利,^[5]它必须得到每一个人的重视。”

对一般人格权这个概念的不确定性,吉尔克历来不予以否认。当反对这一概念的学者对采纳该概念的必要性提出疑问的时候,其拥护者又如何来回答呢?那些坚持法律概念必须明确肯定的传统主义者有理由指出,以所谓一般人格权的名义进行的对人的权利的保护,很早以前在没有这种理论的时候就已经有了相应立法了。以前法院可以通过适用刑法对暴力和侵权行为予以制裁,实现对公民的这些权利的良好保护,即使那时候根本没有人格权的理论。另外,民法上还有损害赔偿的制度,法院可以借

[4] 《圣保罗教堂宪法》(Paulskirchenverfassung),指受1848年欧洲大革命的影响,德国在国家尚未统一的情况下,在法兰克福市圣保罗教堂成立了由各邦国代表组成的立宪议会,为统一德国所起草的宪法。1849年该法起草完毕,但是由于各邦国对统一未形成一致意见,结果本次立宪以失败告终。——译者

[5] 德文中的“Recht”意为权利,又意为法律。德国法学上的“主观权利”,就是民事权利;与该词相对应的概念“客观权利”,意为法律制度。——译者

此制度对那些违法的侵权行为予以补救。吉尔克和他的同伴们还必须对与此相关的几个问题做出清楚的回答:比如“一般人格权”和作为人的特别权利如自由、荣誉、健康之间的区分到底在哪里。因为19世纪时期的法律对公民自由的保护是总括式的,而且一般认为,总括式保护比将这一权利划分为一个个单一权利的保护方式要优越得多。正因为此,吉尔克必须对这些问题提出令人信服的答案。吉尔克及其追随者们只有指出其理论的不可替代性,即现行法律在权利保护方面尚不足够,而“一般人格权”可以为司法实践提供一种人的权利保护新形式时,他们的理论才可以获得信服。

在立法者对人格权的概念予以否定的情况下,该理论的支持者们为立法采纳这种权利的不可替代性所提出的论证,理论上尚不清楚,不足以让人信服。虽然他们付出了极大的努力,但是该理论目前还是停留在学术界的探讨之中。在依据传统的权利保护理论已经有很长历史的司法实践中,人格权理论能够结出什么样的果实尚难以预料。但是,立法者于20世纪第1个10年里根据“一般人格权”理论确立了对著作权的保护措施,从而给这一理论的追随者们一个满意的答复之后,他们不止一次地提出在知识产权领域可以采纳该理论的要求。法院系统基于可以理解的理由拒绝了。(德国)民法典立法对该理论也是无动于衷,它以第823条第1款一个条文所确立的对单一人格权(生命、身体、健康、自由、所有权以及其他的绝对权利)的保护为满足。德国刑法则依据法治国家原则必须坚持逐一保护公民权利的规则。人们当然有理由期待着广泛的、而且概念形式清楚准确的对“人”保护的法律制度建立。

德国民法典是19世纪法学发展历史的总结,该法典在拒绝了人格权理论的同时,却清楚地采纳了萨维尼的理论。在民法典的开始没有规定“人”这一概念,而是规定了“权利能力”,这是萨维尼法律行为理论的反映。按照这一理论,在法典中概括式规定“人法”完全是多余。但是人们如果想看其他的立法形式,那么可以看一看1907年12月10日制定的瑞士民法典。该法的起草人欧根·胡贝尔(Eugen Huber, 1849—1923)是一个坚定的人格权理论的信奉者,所以瑞士民法典第一章“自然人”的开始部分专门规定了“人格权”。该法典规定这一权利的共有27个条文,规定了权利能力、行为能力、监护、判断能力、血亲、姻亲、机关和住所以及对人格权、自由以及姓名的保护等内容。但是,这一民法典的立法模式是否在实践中有优越性,至今还是一个悬而未决的问题。

十 纳粹法中的人:人民同志

德国民法典所确定的原则曾经在很长时间内保留着原样。20世纪前30多年之后,出现了一种法律界人士宁愿袖手旁观的运动。这一运动与历史无关,其起源也不是学术界,而是政治活动。希特勒(Adolf Hitler, 1889—1945)在抄袭当时形形色色的救世论的基础上,编造了他自己的政治意识形态。纳粹理论的核心建立在希特勒个人观念上,而这一点可以从希特勒对他的党的命名就清楚看出来。希特勒理论的基础就是实现国家社会主义。按照这一理论,法律上的人及其法律地位理论的基本内容是:单一的个人只能在一定的社会条件下发挥自己的作用。纳粹提出的原则是“你的人民至高无上——而你你自己一文不值!”这一口号简洁而且清楚地表达了纳粹关于国家社会主义条件下个人与其“人民”之间关系的思想。

纳粹思想向私法的移植并不成功。因为在希特勒统治之初,德国法学界一方面对传统私法的个人主义精神谩骂和诋毁不够卖力,另一方面又对纳粹的“集体主义神教”没有给与足够的鼓吹,所以德国民法典原文未被触动。相反,当时没有人认为民法典第1条规定的人的制度可以被替代,所以该条文一直是生效的。希特勒对民法中人的制度的否定是从公法领域里完成的。他首先拿共产主义者下手,然后紧接着干掉了犹太人。纳粹1935年9月15日制定的《帝国公民法》表示他们与传统民法的彻底决裂。该法第1条规定:

“属于德意志帝国保护联盟的成员并且因此而承担特别义务者,为国家属民。”〔6〕

关于“国家属民”这一概念,该法第2条关于“帝国公民权”的规定可以参照理解:

“国家属民中的德意志民族或者德意志民族的直系血亲,通过其行为证明自愿而且衷心、诚实地为德意志人民和帝国服务者,为帝国公民。”

帝国属民的身份一般情况下可以通过出生获得,而帝国公民权也可以通过帝国权利部门授予获得。纳粹法律不仅仅在实践中,而且在法律上明文把属民划分为两种,他们的权利与义务以及因此而产生的权利能力显著不同。这样,在法律发展历史上已经被废弃的等级制国家里才会出现阶梯型的权利能力制度又回到了现实之中。每个人因此都很清楚,法律这样做的目的就是针对德国出生的犹太人属民的。纳粹不仅不把犹太人当作劳动力和纳税人,纳粹的连坐法正是把犹太人公民当作下等阶级来看待的。随着这种观念的不断扩大,这种阶级制度中的敌人也可以使用在非犹太人的其他人身上。这一点已经在帝国公民法中得到了反映。所以,对那些政治上的反对派,比如共济会成员、虔诚的圣经研究者们、不方便的基督徒们等,不必要制定新的法律,就可以把他们当作敌人来处理。在希特勒发动世界大战之初,随着纳粹在战场上的胜利,这种法律上的“非人”又扩大到希特勒统治地区的外国人身上。在波兰,纳粹派去的总督可以残酷地管理当地的居民,对此完全不必扭扭捏捏,不好意思。俄国战俘以及许多“外国劳工”的生命意义就是劳动力。到战争结束时,帝国公民法实际发挥的作用已经远远超过了最初制定时确定的原则。在帝国公民中,被划分出了一种第二阶级的“次等自然人”。这样,理性法学派关于法律上人的定义暂时抛弃到了九霄云外。

纳粹的法律理论和政治实践互相推波助澜。这种情况给“德意志法律科学院”提供了一个重新思考法律上的人并且起草所谓的“民法典”的机会。1942年这一法典第一编及其立法解释亮相了。虽然这部计划中的法典也打算在它的开始部分规定人的理论,但是如果试图从这部法律中找出“人”的理论,那真是徒劳的。因为,这部法典根本就没有使用“人”这一概念,而使用了“人民同志”。那么,纳粹想用这一概念说明什么呢?这一点可以从法典草案中的“基本规则”的原则(1)中看出来:

“德意志人民的幸福是最高法律。”

关于这种法律上的人,“基本规则”的第七节规定:

“每一个人民同志首要的义务,是将其全部精力投入到人民共同体之中。每一个人民同志的生存以及发展的可能性,根据其工作任务以及贡献而得到保障。每一个人的劳动力以及成果受到法律制度的保护。”

但是不管怎样,“人”这个词在该草案第1条中毕竟出现了一次。然而这个词是作为人民同志的义务主体出现的:一旦人民共同体需要,他必须为人民共同体贡献出自己这个“人”以及财产。在该草案第1条的立法理由部分,可以看见在传统民法“人”的理论上所确定的个人发展必须服从共同体利益这个公开的限制。“人民同志”的“自由”发展当然是不可能的。纳粹的义务理论将人民同志可以想象到的权利剥夺一空。“权利能力”这一概念在该草案中从未提及,代替这一概念的是纳粹自己创造的“权利地位”这一概念(该草案第49页):

“权利地位这一概念的意思首先是,它作为一个与全体同志组成共同存在的整体中单一个体占有的一个单位。只是为了完成人民同志(整体)……的任务,这样的一个单位是必要的。以前的旧理论对这样的生存关系的表述是不正当的,因为这些理论把这种生存关系消融在单一个体的权利与义务之中了。一般人格权的理论,也不能将单一个体的权利地位条件从权利义务的角度阐述清楚,因此人们对它的批评是正确的。”

为了将这种等级式的权利能力制度付诸实践,纳粹以建立“剥夺人民同志权利地位”的制度作为一种法律技术。权利地位的减等,往往通过刑事法官给被告人判决“无耻”这一手段;判决生效后,被告的

〔6〕 此处“国家属民”(Staatsangehöriger),是纳粹法律中特有的概念。纳粹法创立这一概念,表示属民与公民的区别。对此,可参见下文。——译者

地位即被减等。通过这一做法,被告人不能再体面地参加社会的法律生活。地位减等中的等级共有10级。如果失去了全部等级,这个“无耻”的人民同志只能作为一个劳动动物生活下去。在他保持其劳动力所需要的范围内,他可以参与一些法律往来,甚至可以与他人发生日常的法律关系。但是,官员、战士、企业家、监护人、家长权的持有人、配偶、遗嘱见证人、不动产所有权人、党派团体的成员这些荣誉的地位,他是绝对不可以染指的。

十一 1945 年后的新精神

第三帝国灭亡之后,德国法学家们在对纳粹关于人民中的“人”及其法律地位的理论进行反思时,心中振颤不已。政治实践以及法学理论在这一点十分清楚地形成了一致意见。显然,简单地对传统民法中的人以及权利能力理论的公开抨击已经不能满足对纳粹法律思想反思的需要,因此许多人表现出对他们过去坚持观点的激烈批评态度,依此来做到努力而迅速地与过去决裂。战争刚刚结束,就出现了一大批倡导民主、人性以及人的尊严“价值”的学术著作。这样,关于人的权利以及个人权利优先于社会利益的著述,一时不胜枚举。但是,这些著述却并没有简单地重新回到理性法学派以及自由主义思想家关于人的理论。相反,一些从道德的角度分析问题的法学家们常常依据宪法来解释民法。虽然当时人们有意识地不愿意提及,但是不可否认的却是,依据自由精神编纂的民法典越来越显示出符合基本法对于人所确定的正义性要求的特点。^[7]当时也确实有一些法学家和司法实践家付出了极大的努力,依据宪法的基本精神重新解释民法。对这部半个世纪之前制定的民法典,确实也应该增加一些新东西了。这样,有些人重新捡起了那个毫无成效但是却一直受到喜爱的人格理论和一般人格权理论。

1950年,海因里希·胡伯曼(Heinrich Hubmann,生于1915年)发表了《人格权》一书。该书探讨的还是已经广为人知的人格权“价值”,不过它根据战后的思想极大地扩展了这一“价值”。胡伯曼理论的出发点并不仅仅是吉尔克对现实问题所进行的理性阐述(胡伯曼书第119页):

“一般人格权和权利能力的概念或者法律人格的概念绝不是同义的。权利能力的意思是承认自然人作为法律上的人,具有在其生于自然而形成的社会关系中的独立与自治的精神……它的基本精神是要给与人格价值以足够的重视,而不是降低人格价值。人格在社会实践中以持续不断的自我发展,实现着一种人在寻求保持自己、发展自己并实现自己独特的自身意义,以符合人的本性方面的价值。对这一种价值信念以及人已经获得的价值,必须在人的共同生活中得到重视,并且应该予以保护,以防止他人的骚扰和损害。”

即使胡伯曼本人没有受到失足于纳粹统治的批评,但是我们仍然可以毫不费力地从他那充满宗教狂热的书中看到那时一代人的精神混乱和羞耻感。但是,这一代人没有考虑到自己的历史责任。“精神本质”这一概念促使法学家产生了创造法律的热情。所以,当法院步法学家之后尘,将法学界传来的信息适用于司法的时候,这是一点儿也不奇怪的。但是法院也提出了所谓“消除旧时代的影响”这一问题。法官们时常在想着(对人格尊严的)“补偿”。法官们自动地承担起了将遭受严重侵犯的人格尊严用另一种法律政策目标来进行保护的历史责任。德国联邦法院在“骑马先生像案件”中自觉地向前迈出了第一步,根据已经被否定的观念所产生的新精神做出了判决。根据民法典第253条,^[8]并且援引基本法关于一般人格权的规定,德国联邦法院判决认为,使用骑马男士跨越篱笆的相片者应该承担民事责任。为了达到保护“一般人格权”的目的,法院自己的行为违背了法律的规定。为了保护所谓“价值”,司法界和理论界似乎在竞争着付出自己的努力。法律中极端理性的思维对他们产生不了约束力。这样,人格权这一概念变得越来越不清晰了。

[7] 德国基本法,1948年颁布,为德意志联邦共和国的宪法。该法吸取了纳粹统治的教训,以弘扬自由和民主作为其基本精神。——译者

[8] 德国民法典第253条:“对于财产以外的损害,只限于有法律明确规定的情形,才可以请求以金钱赔偿。”——译者

在一般人格权这一概念在实践中得到使用后,法律上的人这一概念和原来定义偏离得越来越远,这一点在“摩菲斯特案件”中表现得非常充分。本案提出了如何保护已经亡故的古斯塔夫·格伦根斯死后的人格权问题。对这一问题,以前人们可以根据刑法(关于“诽谤死者纪念物罪”)或者著作权法所保障的权利很容易地做出回答。但是,在将这一问题与一般人格权联系在一起之后——这样做的理由是各种各样的,联邦法院以及联邦宪法法院大大扩展了对死者权利的保护(《联邦法院公报》第50卷第133页)。在理性法学家的著作中看来似乎是不可能的问题,即自然人死后在法律上继续生存的问题,法院通过宣告死者人格权的“扩张”,也给予了肯定的答复。这一理论中所包含的对于自然人死后人格继续生存的观点,将来肯定还要引起进一步的争论(《联邦宪法法院公报》第30卷第194页):

“以宪法的禁止性规范确保的自然人人格尊严的不可侵害性,是其他一切基本权利的基础。任何人,均不得在其生存期间与他人达成协议,将其尊严设定为他人请求权的标的,使其死后人格受到侮辱或者贬低……”

这样,一个公认为是清晰的人格权概念至今尚未形成。要把这个概念阐述得非常清楚是很不容易的,因为德意志民主共和国的民法典中也使用了这一概念,但它仍然是不清晰的。1975年6月19日制定的民主德国《民法典》第1条规定:

“持续提高人民的文化和物质生活水平,全面发展公民的社会主义人格,是社会主义社会的根本任务。德意志民主共和国民法也必须为这一任务服务。”

不可忽视的是,人格这一概念在社会主义理论里,与其在市民社会——自由社会里有重大的区别。在西方国家,人们只是说到“人格”,但是在东方国家,人们说的是提高“社会主义人格”。这样一个荣誉的称号,只能属于那些自愿地从那些确定工作任务,为进行社会主义建设而共同劳动的人。这里的目的其实是公开的。为了“社会主义人格”,人应该受到培养。人们的共同目标是社会主义社会,而建设这样社会的任务,必须有工人阶级及其政党的领导,法律不过是完成这一任务的工具。

[Abstract] Being the subject of legal relationship, person is the first basic concept in civil law while also the first and the most essential element of the system of civil law. However, the rich connotations of concept of “person” have not been addressed in general textbooks. Through delineating history of emergence and development of “person” in law, this article tries to reveal the significance of “person” in civil law branch. In the age of barbarism when everything was ruled by divine right, “person” at law, including natural person and deities, actually was in a situation where natural persons subjected to deities. When deities were excluded from category of “person” in civil law, “person” emerged in hierarchy in times during which supremacy of state power was maintained over a long period of time. According to inherent and inextricable status one held, “person” enjoyed his rights and carried out his commitments. After modern times, “person” at law started to possess certain features of civil law, such as equality, liberty and neutrality. For “person” in law of contemporary times, “person” in civil law has been able to develop from formal equality, liberty and neutrality to equality, liberty and neutrality in substantive sense. The author demonstrates achievements of outstanding legal experts in history in their struggles for “person” and their theories. In the meantime, it also exposes distorted and retrogressive doctrine of “person” in history.