

“所有权”的诞生



「所有權」の誕生

[日]加藤雅信 著 郑芙蓉 译

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

“所有权”的诞生

「所有權」の誕生

[日]加藤雅信 著 郑芙蓉 译

图书在版编目(CIP)数据

“所有权”的诞生 / (日)加藤雅信著;郑芙蓉译.
—北京:法律出版社,2012
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2909 - 2

I. ①所… II. ①加…②郑… III. ①所有权—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 255633 号

“所有权”的诞生	加藤雅信 著	责任编辑 高山 董 飞
	郑芙蓉 译	装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/32
版本 2012 年 10 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 固安华明印刷厂

印张 6.625 字数 109 千
印次 2012 年 10 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2909 - 2

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

所有权是什么,我想在这里已没有重新进行说明的必要了。“这本书是我的”,“这块土地的所有权人是他”,等等。像这样,所有这一词,在我们的日常生活中,被非常普通地使用着。事实上,可以说所有权是社会的最基本概念。当我们回顾历史时会发现,所有权的存在形式决定了奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会等各个历史时期的社会形态,或者说社会体制。

探讨这些社会的社会形态、社会体制的研究虽然不胜枚举,可是这些研究都存在这样一个共通的问题。即“所有权”概念都被作为了既有物,这些研究都是从谁能拥有什么这一角度去研究的。在我从事的民法学领域也存在这一现象。所有权虽然被认为是最基本的概念,却没有人去讨论所有权是什么,只是把所有权作为已经存在的概念,只是讨论所有权是怎样被转移的。

可是,正像正文中所叙述的,在游牧民族生活的蒙古大草原上并不存在土地所有权这样的概念。从这里放眼望去,我

发现了这样一个事实。即被我们当成既有概念的所有权并不是在所有的社会中都存在的。本书所要研究的正是从文化人类学的角度去验证各种社会的所有权概念的存在形式,从而阐明“所有权”概念是在什么样的条件下产生的,也就是说本书的目的在于解释“所有权的诞生”这一问题。

谁都认为所有权是一个基本概念,可是为什么它的产生这一问题到现在都没能引起注意呢?理由很简单。这是因为所有权在有历史记载以前就产生了。所有权的产生和国家萌芽的出现是同时的。我并不是在刻意地模仿恩格斯的说法,但是不得不承认的是所有权和国家体制就像车子的两个车轮,它们几乎是同时产生的。因此,重视实证研究的研究者们认为通过对法制史文献的研究去追寻所有权概念的产生几乎是不可能的,这一领域是所谓的“不可知”领域,所以根本没有人去研究它。

认为从实证的角度可以探明所有权概念的产生的这一想法,是我在二十多岁时接触了关于切罗基印第安国的解体及其宪法的研究时开始产生的。二十多年以来,我从文化人类学的角度,比较了有明确的土地所有权概念的农耕社会、土地所有权概念比较暧昧的火耕社会、不存在土地所有权概念的游牧社会和狩猎采集社会,并注意结合实证研究的方法,对所有权概念是怎样产生的这一问题进行了研究。

详细的内容还请读者阅读正文。我在这里想强调的一点是,农耕社会的所有权概念产生的社会基础是,通过保护所有权人个人,赋予社会成员对农耕、农业投资的积极性,最终实现社会整体的农业生产最大化。当农业社会发展成工业社会时,专利等知识产权出现,此时则是通过保护专利权人等权利个人,赋予个别社会成员对发明、新技术投资的积极性,最终实现社会整体的工业生产最大化。通过这样的比较,我们可以发现近来颇受瞩目的知识产权这一概念,在构造上基本上是和土地所有权概念是平行的,二者具有相同的社会基础。

本书是在走访了在文化人类学上具有重要意义的世界各地之后诞生的,它是一本关于权利产生的一般理论的书籍,是作者多年研究和思考的结晶。现在,我一边从事民法学的一般研究,一边在进行“所有”、“合同”、“社会”的法人类学、法社会学的三部曲研究。作为三部曲的第一部,该书得以问世,我感到十分喜悦,同时也感到任重而道远。

这本书的问世得到了很多人的关照,在这里我要向各位表示衷心的感谢。本书是在对ジュリスト1069~1079号的连载论文“所有权概念的产生构造——个人见解”进行修改后完成的。首先我要感谢,在执笔ジュリスト论文时从文化人类学的角度对本书给予诸多建议的名古屋大学大学院人间信息学研究科教授小谷凯宣先生,爱知县立大学文学系教授稻村

哲也先生,以及高中以来的挚友、从事文化人类学的埼玉大学副校长加藤泰建先生。加藤泰建先生不仅在论文执笔过程,在本书的出版过程中也给予了许多有益的建议,在此深表感谢。其次,在本研究开始调查时,九州大学教授小林茂先生〔1〕当时正好任职于日本驻尼泊尔大使馆,先生不但对尼泊尔的调查给予了许多宝贵建议,而且对本研究从文化人类学的角度给予了诸多宝贵建议。早稻田大学教授戒能通厚先生,在我执笔ジュリスト论文时就入会权的有关文献以及其他给予了许多指点。在这里向两位教授表示衷心感谢的同时,也向那些对本书的各个具体问题不吝赐教的诸位表示衷心的感谢。

另外我还要感谢,1994年8月在蒙古国调查时给予关照的蒙古国法院院长 Sovd 先生,蒙古国科学院东洋国际研究所所长 Batbayar 先生,蒙古国国立大学法学系教授 Munkhjargal 先生,日本驻蒙古国大使馆袁轮靖博先生,陪同我进行调查并提供许多协助的南山大学法学系教授青木清先生;以及同年12月在尼泊尔进行调查时给予关照的特里布万大学教授 Panday 先生,帮我协调尼泊尔调查的我的大学时代的朋友、数年前登山时突然英年早逝的村田彰二先生,尼泊尔日本研究

〔1〕 现为大阪大学教授。

所所长 Verma 先生,特里布万大学讲师 Vaidya 先生,收集资料
并做翻译的 Rishi 先生;以及 1995 年 8 月在对中国云南省与老
挝国境附近的中国少数民族——哈尼族的村落进行调查时,
与我同行的中国社会科学院法学研究所法社会学研究中心主
任兼科研组织处处长的高鸿钧先生,代表十余名村民回答我
们问题的啊节先生,帮我们介绍联络哈尼族村落的罗梅先生,
不辞辛苦给我们做翻译的中国社会科学院副教授渠涛先生;
以及在 1997 年 1 月到 3 月的 2 个半月的南美调查中,从亚马
逊流域到安第斯山脉为我们做翻译的各位翻译。

最后我要感谢的是,在本书的雏形阶段,即ジュリスト论
文时就给予了多方关照,后来又欣然应允本书转载的有斐阁
出版社的後藤安史先生和奥贯清先生,还有就如何把杂志论
文变成单行本出版发行提出了许多宝贵建议的专修大学副教
授田高宽贵先生。以及认真校对本书的名古屋大学大学院博
士课程生山田希君、森岛秀纪君。另外,本书的出版还受到了
三省堂出版社的佐塚英树先生、有贺俊朗先生等的多方关照,
在此也表示感谢。正是因为有以上诸位等同仁的帮助,本书
才能得以面世,再次向这些同仁表示深深的感谢。

2000 年 8 月 30 日
加藤雅信

前 言

把土地圈起来并且宣布：“这是我的”，并使一些头脑简单的人相信他的第一个人是政治社会的真正奠基人。如果有人拔掉木桩、填平沟壕，向他的同胞们大声疾呼：“不要听这个骗子的话，你们如果忘记了万物是属于大家的，土地是不属于任何人的话，你们就遭殃了！”那么这个人该会使人类避免多少犯罪、战争和杀害，避免多少苦难和恐怖啊^{〔1〕}。

以上是卢梭《论人类不平等的起源和基础》中的一段。在人类历史上，农业作为生产活动的中心持续了很长一段时间。在那个时期，土地是最基本的生产手段，是否拥有土地，在什么程度上拥有土地决定了财富的多寡，形成了财富的不平等。为了解决这一问题，各国发起了各种各样要求平等的运动，在社会主义国家更是禁止了生产手段的私人所有，土地作为生产手段之一也成了非私有的对象。

这种能带来财富不均的“权利”，不限于土地所有权。在

〔1〕 卢梭，1996，152。

近代工业社会,无形财产权概念诞生了,专利和外观设计等都受到这一概念保护。保护无形财产权,对于产业开发的发达国家来说是有利的,但对于发展中国家来说却是不利的。事实上仿冒商品不仅存在于发展中国家。比如韩国首尔的梨泰院,在那里几百家小商店连成一排,陈列着各种各样的仿冒商品。它们好像是在嘲笑知识产权保护这一口号似的,每天都要迎接许多的顾客。在巴拉圭,该国采取了低关税政策,它与邻国的巴西和阿根廷之间的边境贸易、走私贸易和三角贸易是该国经济活动的重要组成部分,可在其国内却到处充斥着仿冒商品。在发展中国家和发达国家,无形财产权受到侵害的事情随处可见。在日本,假劳力士一类的仿冒商品频频上报也早不是什么新鲜事了。

那么,为了消除国际社会中的财富不均,是不是应该考虑向发展中国家开放“无形财产权”呢?或者是不是应该像社会主义者或者其他主张的那样,废除土地私有的概念,从而达到市民间的平等呢?就我个人的意见来讲,我认为不应该那样做。黑格尔曾经说过“凡合乎理性的东西都是现实的,凡现实的东西都是合乎理性的”〔2〕。土地所有权概念的确立以及无形财产权概念在近代的的确立,都是一种社会必然。而解释

〔2〕 黑格尔,1953,21。

这个必然到底是什么,正是本书的中心课题。

上面讲到土地所有权概念的确立是一种社会必然,那么土地所有权概念到底被普及了一种什么程度了呢?现在,在发达国家,没有土地所有权制度的国家是不存在的。日本虽然脱离农业经济已经很久了,但是在工业化的日本,价格昂贵的土地依然是企业进行融资时的重要担保手段。因此从这种意义上来讲,土地所有权仍是日本经济的一个动脉。在日本和其他发达国家,土地所有权也许是重要的,但是当你飞到蒙古国草原上时,你会发现蒙古的游牧民们完全没有土地所有权的概念,他们自由地放养着他们的羊群。非洲热带大草原上的狩猎采集民和澳大利亚原住民们也没有土地私有的概念。

我认为对土地所有权诞生之前的社会的社会结构进行考察,可以找出在发达国家里被视为当然的土地所有权的意义,并由此可以阐明以私人所有权为代表的权利诞生时所需要的社会结构。

所有权,或者所有,是一个就连小学生都知道的社会最基本概念。所有的形态决定了各个社会的性格。从现在来看,当今世界的国家,按生产资料是公有还是私有,被分为资本主义国家和社会主义国家。从历史来看,原始共产社会,古代奴隶社会,封建社会,近代资本主义社会的时代划分也是以所有

的形态为基础的。

但是,虽然所有是社会的最基本概念,但是所有权到底是什么这一问题,除了一些哲学家以外,几乎没有人去研究它。在法学领域,虽然所有权被认为是最基本的概念,但是谁也不去考虑它到底是什么,迄今为止这还是一种普遍的研究态度。本书斗胆以匹夫之勇挑战所有权是什么、所有权概念是怎样产生的这一问题。

虽然我的专业是民法学,但是在本书中我不会局限于自己的专业,我将大胆引用文化人类学和经济学的学术成果,并加上自己在蒙古国、喜马拉雅·尼泊尔、中国云南与老挝边境的山村、安第斯山脉、亚马逊流域等进行实地考察时的一些见闻,广泛地去考察这一问题。

目 录

序	1
前言	1
第一章 追溯所有权概念的起源	
——探访“所有权”诞生之前的世界	1
一 草原之国——蒙古国	3
二 蒙古国宪法和蒙古国土地法	7
三 “被文明化的印第安人”的世界	10
四 产生土地剩余的社会形成时	13
五 从事灌溉的印第安人	19
六 “高坦”——探访阿伊努人的社会	21
七 不存在所有权的世界——冲绳的久高岛	25
八 火耕农业的社会	28
九 日本的火耕	30

十 亚洲的火耕社会	32
十一 亚洲火耕社会的土地所有	38
十二 南美洲的火耕社会	43
十三 大洋洲、非洲的火耕社会	45
十四 非循环型的火耕?	46
十五 游牧社会与土地所有	47
十六 狩猎社会与土地所有	51
十七 狩猎采集民——澳大利亚原住民	57
第二章 土地所有权产生的社会构造	63
一 定居农业社会与火耕农业社会	65
二 游牧社会与狩猎采集社会	68
三 所有权产生的基础	70
四 当土地为非生产资料时的情况——以尼泊尔的 拉乌特人为例	72
五 非独占性的、非排他性的不完全所有权的存在	74
六 “木地屋文书”与所有权	75
七 与传统法学上的“所有权”进行比较	77
八 对土地的权利与对水的权利	78
九 从语言分析的角度来看“所有”的概念	

——以印度蒙达人的社会为例	82
---------------	----

第三章 入会权产生的社会构造

——处于所有和非所有之间的入会权	87
一 令人费解的权利——“入会权”	89
二 探访尼泊尔	90
三 在尼泊尔的喜马拉雅——土地的个人使用与共同使用	92
四 共同体对共同使用地进行限制的必要性	94
五 在尼泊尔的两种共同体使用形态	94
六 土地的高度差与土地的使用	95
七 从土地的生产率来看所有权、入会权、无主物的三级构造	97
八 两种入会权——尼泊尔的情况和日本的情况	102
九 再次前往切罗基人的世界	106
十 总有论之小公法人的性格	109
十一 具有现代气息的印加帝国的世界	110
十二 转让受到限制的土地所有权 ——共同体的维持与私人所有权确立之间的矛盾	112
十三 村落共同体与入会权	116
十四 中国云南省与老挝交界处的从事火耕的村落	120

十五	入会权的解体	121
十六	共同体的“纽带”与入会权、所有权	123
十七	渔业权与入会权——捕鲸和渔业入会?	124
第四章 无形财产权产生的社会构造		127
一	无形财产权	129
二	无形财产权制度的社会背景	129
三	软件保护之争的法律构造	132
四	“无形财产权”概念的社会功能	136
五	关于无形财产权保护的国际性利益对立结构	137
六	知识产权的侵害与日本	139
七	仿冒产品的横行及对将来的展望	140
第五章 “权利”的诞生		143
一	所有权概念的产生	145
二	入会权概念的产生	147
三	社会形态的差异带来的所有权对象的差异	150
四	无形财产权概念的产生	151
五	围绕“所有权”的若干争论	153

结语	
——从社会科学与人文科学的统合说起	159
一 家族法和文化人类学	162
二 国家论和文化人类学	165
三 对文化人类学的期待——以所有权和入会权为例	166
四 取得时效的社会基础	167
五 法人类学和法解释学	170
参考文献一览	172
译后记	188