

中国近代法学译丛

何勤华 主编

民法与社会主义

【日】冈村司 著

刘仁航 张铭慈 译

朱晓喆 勘校



中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

民法与社会主义

【日】冈村司 著

刘仁航 张铭慈 译

朱晓喆 勘校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法与社会主义/(日)冈村司著;刘仁航,张铭慈
译. —北京:中国政法大学出版社,2002.9
(中国近代法学译丛)
ISBN 7-5620-2252-6

I. 民... II. ①冈...②刘...③张... III. 社会主义
国家—民法—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 072405 号

书 名 民法与社会主义
出 版 人 李传敦
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880 × 1230mm 1/32
印 张 9.5
字 数 155 千字
版 本 2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷
印 数 0 001 ~ 3 000
书 号 ISBN 7-5620-2252-6/D·2212
定 价 30.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

- 声 明
1. 版权所有,侵权必究。
 2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

中国近代法学译丛

编 委 会

主 编 何勤华

编 委 李克非 李秀清 陈 颐

曲 阳 吴旭阳 张 谷

曾尔恕

岡村 劉銘
司航 張慈
著 譯

政法叢書
民法與社會主義

商務印書館發行

总 序

民国时期，是中国近代法学的奠基时期。该时期，不仅出版了一批有份量的专著，如王世杰、钱端升著《比较宪法》、胡长清著《中国民法总论》、黄右昌著《罗马法与现代》、杨鸿烈著《中国法律发达史》、程树德著《九朝律考》、瞿同祖著《中国法律与中国社会》等，也推出了约四百余种外国法学译著，如穗积陈重的《法律进化论》、孟罗·斯密的《欧陆法律发达史》等，它们是中国近代法学遗产的重要组成部分。

令人担忧的是，由于出版年代久远，这批译著日渐散失，即使少量保存下来，也因当时印刷水平低下、纸张质量粗劣等原因，破烂枯脆，很难为人所查阅。同时，这些作品一般也都作为馆藏书，只保存于全国少数几个大的图书馆，一般读者查阅出借也很困难。

鉴于上述现状，中国政法大学出版社高瞻远瞩，关爱学术，策划并决定对民国时期（包括少量清末时期）

2 总 序

的译著进行整理、筛选，以“中国近代法学译丛”的形式重新点校、勘校出版，以拯救民国时期法学遗产，满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

参与本译丛点校、勘校的有中国政法大学出版社、华东政法学院法律史教研室、北京大学法学院、中国政法大学图书馆等部门的编辑、教师、博士生和硕士生。由于我们学识粗浅，点校、勘校中可能会存在这样或那样的问题，恳请广大读者批评指正。

何勤华

二〇〇二年八月一日

于上海·华东政法学院

凡 例

一、本译丛主要整理点校、勘校出版民国（包括少量清末）时期国人翻译出版的外国经典法律名著。在点校、勘校过程中，对原作不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者，一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字、异体字，现全部改为简体字、正体字。个别若作改动会有损原意者，则予以保留，另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，现一律代之以现在规范通行之标点符号。

五、原书无段落划分者，点校、勘校时作适当之段落划分。

六、原书所用译名，现有新译者，全部改为新译。

2 凡 例

如“法郎西”改为“法国”，“意大里”改为“意大利”，“澳地利”改为“奥地利”等。但外国人译名均未改，原因在于原书涉及的外国人名一般均未附外语原文，无法重译。在这种情况下，与其误译，不如保留原貌为好。但对有些附有外语原文者，或点校、勘校者手中有外文原著（如《万国公法》等）者，点校、勘校时对原译名加注说明。

七、为保留原著面貌，对原书所引用之事实、数字、书目、名称及其他材料确有错误者，也不作任何改动，但加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、民国时期出版的法学译著，有些是篇幅很小的小册子，只有几十页、一百余页。考虑到现代读者的阅读习惯，以及译丛每册书稿的大体平衡，我们将这些小册子做了适当处理，有的以二三册合并一起出版，有的以“某某法学文选”的形式出版。

勘校者序

冈村 司，一八六六年十二月出生于日本茨城县，一八九二年毕业于东京帝国大学法学专业。一八九八年任东京帝国大学法科大学讲师，一八九九年八月担任京都帝国大学法科大学副教授，同年赴德国、法国留学，研习民法。一九〇二年回国，升任京都帝国大学教授主讲民法。一九一一年六月四日，应邀去岐阜县教育会作题为《亲族与家族》的讲演，因在讲演中对政府当局言辞过激，受到文部大臣的警告处分。一九一四年三月辞掉教授职务去做律师。一九二三年三月二十三日去世。冈村先生的著述主要有：《法学通论》（一九〇〇年）、《思想小史》（一九〇八年）、《民法亲族编讲义》（一九一一年）、《亲族法讲义要领》（一九二二年）、《民法与社会主义》（一九二二年）。〔1〕

〔1〕有关冈村司的生平与著述，笔者主要参考了曲阳先生的介绍，参见何勤华主编：《二十世纪百位法律家》，法律出版社二〇〇一年版，第三百七十一页。

《民法与社会主义》系中岛玉吉和河上肇二人将冈村先生生前发表的文章集结而成。中文版由刘仁航、张铭慈二人于民国二十年（一九三一年）翻译，上海商务印书馆出版。全书共三章，第一章“所有权”，第二章“劳动契约”，第三章“家族制度”。本书虽然是一些分散的文章的集结，但该书的主题还是相当一贯的，即在社会主义思潮的背景下探讨传统民法所发生的一些变化。

过去学者论述民法，总与个人主义、自由主义联系在一起。^{〔1〕}基于自由资本主义时代的一个基本的假设：即个人的营私利的活动制造了社会的繁荣，启蒙时代以来的资产阶级思想家都十分信服地认为保护私人财产权是人们缔结契约、组织政府的惟一原因，社会和国家只不过是保护私人产权而顺便存在的。如洛克、休谟等人极力为私人财产权寻找存在的合理性根据，认为没有财产也就没有正义；亚当·斯密则发现了社会在一只“看不见的手”的指引之下自然会达到了一种均衡状态；黑格尔则高呼“所有权是自由意志的定在”。正是在这种启蒙思想和资产阶级自由宪政的制度实践下，民法与

〔1〕 See James Gordley : *Myths of the French Civil Code*, in *The American Journal of Comparative Law*, [Vol. 42, 1994], pp. 461 - 483.

个人主义、自由主义结下了深厚的姻缘。历数民法的各项制度，无不与此相关。人格权确立了自由、自治的市场交易主体，所有权制度保障和确认交易的产权前提，债权制度保护合法的商品流转，继承权使得财产所有权人可以依自己的意愿处分财产。甚至连婚姻都不过是一笔交易。

与资本主义上升的同时，一股相反的思想潮流开始涌动。卢梭在《人类不平等的起源和基础》中早已指出私人财产权是人类社会苦难的根源，自私有制产生以来人类就已无可救药地堕落了。傅立叶、圣西门至摩莱里的空想社会主义，首先鸣响了自由资本主义的丧钟。至一八四八年《共产党宣言》的发表，科学社会主义理论创立，无论在思想领域还是在实践中，社会主义以其高尚的理想，激励着人们寻求一个没有剥削、没有压迫的大同社会。然而社会主义的消灭财产、消除私有制的理想，在传统的民法学者眼里是不可想像的。试想，没有私人所有权和契约自由，民法还称其为民法吗？

“民法与社会主义”，一个多么矛盾的组合！

可是，冈村先生的《民法与社会主义》一书却偏偏与众不同地将民法放在社会主义语境下来剖析解读，原本冰炭不容的两样东西混在一起却发生了奇妙的效果。先生的确匠心独运，其于一八九八年就说道：“法律原

理上，社会主义上观察评陟民法，岂非经世济民之业耶？如就如此题目，加以十分研究，在政治学术之坛上，岂不足以高自标榜呼号一世耶？”（见本书译者序）冈村的学术志向并非空穴来风，事实上，法律的社会化问题，作为法律变革的主题在十九世纪末以来的资本主义国家已然进行。福利国家的私法制度对传统私法自治的观念作出了大量的修正。^{〔1〕}尤其是在社会主义者的故乡德国，素重团体本位的日耳曼民族，对民法与社会团体的问题多有涉及。十九世纪后半叶，德国法学巨擘基尔克（O. F. von. Gierke，一八四一—一九二一）出版了四卷本的《德意志团体法论》和三卷本的《德意志私法论》，仔细研究了民法与社会团体的问题。基尔克认为从个人主体出发，法律以个人本位为导向形成了规范个人行为的“个人法”。然而个人不能独自存活于世，必以结成各种社会团体行动，个人是社会组织的一个部分，从社会本位出发，形成了规范人们集体行为的“社会法”。^{〔2〕}倘若在此之前，加上梅因爵士对十九世纪中叶以前的欧洲社会发展的总结（著名的“从身份到契

〔1〕〔美〕施瓦茨：《美国法律史》，王军、洪德、杨静辉译，中国政法大学出版社一九九七年版，第二百〇七—二百四十一页。

〔2〕何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社一九九七年版，第二百二十三页。

约”的公式)，就可以清理出一条西方法律发展史的线索，即由义务本位进至权利本位，再由权利本位进至社会本位。^{〔1〕}《民法与社会主义》成书于一九二二年，最早的篇章发表于明治三十八年（一九〇五年，而俄国十月社会主义革命发生在一九一七年），可见冈村先生于二十世纪初已睹思民法与社会主义这一先进的课题，实在是可钦可敬。

具体来说，冈村从三个方面将民法与社会主义思想联系起来：所有权、劳动契约、家族制度。笔者于此简要地评介一下该书的主要内容（引文恕不注明原书的出处）。

一、所有权与社会主义

传统的民法理论认为所有权有三个主要特性：绝对的、排他的、永久的，冈村首先对这一天经地义的民法教条展开批判。

所谓“绝对的”，即所有权上达天宇下及地心，所有权人行使所有权不受任何人的干涉，非出于所有人的意思不能丧失所有权，“虽以帝王之威，而不能夺匹夫之产，故云绝对的”。此盖出自法国大革命的天赋人权

〔1〕 王伯琦：“从义务本位到社会本位”，载《王伯琦法学论著集》，台北三民书局一九九九年版，第一百一十五页。

思想的影响。然而事实上,对所有权的限制自罗马法以来就已存在,如罗马法上有“不得以损人不利己的意思行使权利”。而十九世纪末以降,“禁止权利滥用”原则更是日益彰显这一点。《德国民法典》第二二六条规定:“不得单以损害他人之目的而行使权利”,《瑞士民法典》开篇第二条规定:“显系滥用权利者,不受法律保护”。由禁止权利滥用衍生出所有权的限制,如《德国民法典》第九〇五条规定了土地所有人的权利及于土地的地表和地下,但不得排除对其不具利益的高度和深度的范围的干涉。冈村借此指出,德国民法浸淫于社会主义思想,“带有社会主义之色彩”,因为“今日个人之自由,不可不屈膝于社会公益之前”。

所有权“排他的”,是指所有权人可以拒绝他人侵入其所有地,即使对其无害亦然。故有“一物一权”原则。所有权“绝对性”明其内部性质,“排他性”明其外部性质,二者互为表里。冈村又列举《德国民法典》第九〇四条的“紧急避险”:他人为避祸而使用非其所有之物,物主弗能禁止,说明排他性亦非绝对的,“此乃社会思潮澎湃之结果也”。

“永久性”,系指所有权的标的物不灭失,物主不欲消灭之,则所有权永远存在。冈村指出,所有权的标的物,不论经过事实上的处分,还是法律上的处分,终有

一天要归于消灭，“永久”是不可能的。

其次，冈村对所有权的历史发展作了一番考证之后，指出所有权的变迁经历了三个时期。（一）财产共有制时期。在原始社会，人类结成家族团体生活，实行家族或氏族的共有制。中世纪的日耳曼的土地所有制也证明了这一点。（二）个人所有制时期。封建社会土地大多归少数地主所有，农民和佃户只能通过租佃使用之。资本主义社会工商业发达，自由思想勃兴，个人所有权日益巩固，并且带来社会生产力的大发展。但同时个人所有权的弊端也逐步显现。财富集中、贫民增加，土地兼并、劳工失业。冈村愤怒地指斥道：“财多者，虽无学无德，昏庸凶顽，居然为王侯。无财者，虽端庄廉洁之君子，沉沦于下，视同草芥。金钱本为人用者，今乃贵于人。金钱生息，富愈集中，殆不知其所底止”。（三）将来的社会所有权。基于对个人所有权滋生的弊端的认识，许多学者提出调和共有制与个人制两个极端的思想。即“在不消灭个人之自主范围内施設共有制，俾利人观念与利己主义并行不悖，最为相宜”。具体而言，冈村指出发展民事商事公司，应充分照顾社员的利益，采取一种变相的共有制。这一观点读来多少使人联想起今日流行的“公司的社会责任”理论。

所有权与社会主义的结盟，并非冈村一厢的假想，

十九世纪以来西方社会的学者早已开始对私人所有权展开反思和批判。举其著者，蒲鲁东的《什么是所有权》，马克思的《资本论》、亨利·乔治的《进步与贫民》，都对资本主义私人所有权迎头痛击。冈村先生将这些思想在书中逐一介绍。然而笔者以为，所有权在社会制度层面上，是一个政治经济学问题，远非民法上的所有权制度能够解决的。研究社会主义者的政治思想如何改造民法制度，实在是一个出力不讨好的课题。本书中冈村先生也只是列举社会主义家的思想，而未见其与具体民法制度的结合。冈村自己也承认这些社会主义“理论失于架空，不能立即实行”。

至于冈村偏好的社会主义是这样的，即基于人类生活的团体本性，人们之间形成一种“社会连带关系”，一切权利的得丧变更，都是基于这种社会连带，所以所有权并非个人的绝对权，而是社会性的相对权。因此，调和个人生活与团体生活、个人利益与社会利益是解决私人所有权问题的关键。具体言之，冈村的救弊途径如下：“以余观之，欲救时弊，宜扩张国有财产之范围，使人民广沾其利益，严禁财产之不正取得，防止财产之集中，设立细分财产之制度，警告上流社会，戒其利已奢靡，劝其尽力救护细民，训戒劳动社会，养成勤俭储蓄之美风，俾得以己之资本而劳动，独立合作，均无不