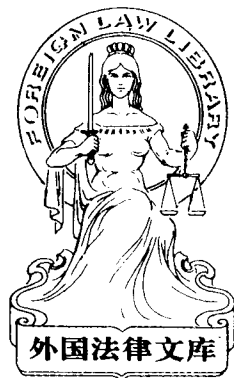




债权在近代法中的 优越地位

[日]我妻 荣 著

中国大百科全书出版社



债权在近代法中的优越地位

[日] 我妻 荣 著
王书江 译
张 雷 校
谢怀栻 校

中国大百科全书出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

债权在近代法中的优越地位 / (日) 我妻荣著; 王书江等译. — 北京: 中国大百科全书出版社, 1999.9

(外国法律文库)

ISBN 7-5000-6176-5

I. 债… II. ①我… ②王… III. 债权法-研究 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 12927 号

丛书编辑 杜晓光
责任编辑 王玉玲
责任印制 张京华
责任校对 雁 溪

债权在近代法中的优越地位

王书江 张 雷 译

中国大百科全书出版社出版发行

(100037 北京阜成门北大街 17 号 68318302)

河北省固安县印刷厂印刷 新华书店经销

1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷

开本: 850 毫米×1168 毫米 1/32 印张: 14.25 字数: 354 千字

定价: 19.35 元

外国法律文库序

江 平

外国法律文库是一套大型翻译丛书，入选书目主要是外国尤其是西方的重要法律著作。中国法学界从事外国法与比较法研究与教学的学者组成的编译委员会负责确定书目和组织翻译，中国大百科全书出版社印行。受编委会之托，我将组织出版这样一套丛书的缘起及有关情况作些说明。

我平生治学，以罗马法和西方民商法为主。50年代末以后的20多年间，我国法制建设历尽坎坷。那时，像罗马法这类洋货，不仅是奢侈品，简直可以说是违禁品。“文化大革命”结束后，法制建设与法学教育都逐渐走上正轨。十多年来，在我所在的大学里，罗马法、西方民商法以及比较法等都成了深受学生欢迎的课程。在立法方面，每制定一项法律都广泛地搜集国外立法资料，博采众长，以求既符合中国情况，又顺应国际潮流。不过，在这些过程中，有一个困难时时制约着人们的手脚，限制着人们的视野，那就是翻译为中文的外国法律著作数量太少。说来难以置信，自1949年直到今天，西方法律学术著作在大陆译为中文出版者只有寥寥十余种。这些著作的汉译又没有有效的组织，因此必然存在着书目安排上缺乏系统性、选材上却不乏偶然性的毛病，甚至有个别译本的译者中外文修养不够，率尔操觚，致使误译多有，贻患学林。在这样的情况下，当然不可能期待对外国法律的全面而准确的认识了，而没有这样的认识，又怎么能希望博采众长、融合中外的借鉴呢？

近年来，组织翻译一套外国法律丛书一直是我的一个迫切

的念头。曾与法学界的一些同行谈起，他们也都对这样一项工程极表赞成。曾对中国文化研究提供过大力支持的福特基金会也决定对该项目提供赞助。1991年初，外国法律文库第一届编委会正式成立。15位委员中包括了北京法学界——今后还要吸收各地学者，使其成为一项全国性的学术事业——的一些知名教授和中青年学者。编委会确定了这套丛书在选题方面的三个标准：（一）以学术著作为主，兼顾重要的立法文件；（二）以本世纪作品为主，兼顾此前的经典著作；（三）以西方作品为主，兼顾其他地区的代表性作品。力求通过整套丛书反映外国法学与法律的概貌，为学术研究提供素材，为法律教学提供辅助，为国家立法提供借镜，为一般读者提供有益于增进法律知识和培育法治意识的读物。编委会又聘请了四位外国著名法学家作为顾问，以更好地保证选题上的权威性。在译校者的确定上，除语言修养外，还要求他们是相关领域的专家，以有利于忠实地传达原意。丛书的规模，初步确定为50种，当然，若条件许可，它完全应当成为一套不间断出版下去的丛书；法律翻译要追随法律与法学的发展，如同译文要忠实地追随原文。

外国法律文库能够顺利出版，得益于法学界的一些资深教授的积极参与，他们有些参加了编委会，做了大量细致而有效的工作。有些虽然不是编委，却也给予文库热情的关心，他们推荐书目与译者，有些还应邀审阅译稿。一大批中青年学者以其眼界、才华以及勤勉的工作精神，使文库的翻译进度与质量得到了保证。福特基金会对文库的翻译与出版提供了宝贵的资助。所有这些都是应该在这里深表谢意的。

声称作品“错误在所难免”已成为一些序文的套语，对于外国法律文库一类的翻译丛书来说，这样的俗套却决非客套——完美到无可挑剔程度的译作至今还只是一种理想。但是，重要的在于积极的参与和认真的实践。随着越来越多的学者热

衷此道，随着一本本译著的出版，作为文化建设事业组成部分的法律翻译，必将会对我国的法制现代化事业作出重要的贡献。在这个过程中，翻译的技巧也会日渐成熟。我对于这样的前景，套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

中文版序

——我妻荣先生其人与其业绩

星野英一

一、我妻先生的简历及主要著作、论文

1897年，我妻荣先生出生于福岛县米泽市一位中学英语教师的家庭。父母有5个子女，其中4个女孩，只有居中的我妻荣先生为男子。由于父亲职业收入有限及家庭姊妹较多，我妻荣先生从小过着贫穷的生活。后来在老师鸠山秀夫家吃烤鸡时，吃惊地说道：“不想世上竟有如此美食！”在小学读书时，我妻先生被誉为秀才。后入山形县立米泽初中。旧制第一高中毕业后考入东京帝国大学法学部法律学科，并以超群的成绩毕业，继而在鸠山教授指导下从事研究。我妻先生在学生时代经常就教于鸠山教授，很受鸠山教授赏识。二年后（1922年）任助教授，次年，被派出国留学，在美国、英国、德国、瑞士、法国从事研究工作3年。我国民法典编纂时代的学者为了编纂日本民法典，学习近代民法的思想及技术，通常都作为外国正规的学生，取得学位；民法典施行后的学者，为了使民法典理论体系化，多是赴德研究德国法学。再后，就发展为自由利用外国文献、研究自己所好的方面。可以说，这些学习或研究是和日本法学的某种程度的进步同步发展的。我妻先生也以同样方法从事研究，但是他不是研究法学，而是集中地攻读了经济学、社会学等著作。其理由如次：

1920年，末弘严太郎教授留学归国，做了几件对民法学除旧布新的事情。其中之一，就是激烈批判学者只顾埋头于民法典的德国法学式的注释与体系化，而不顾及法律与日本社会的态度的态度。实际上，批判的对象就是我妻先生的老师鸠山教授。鸠山教授是一位可以接受批判的、性格柔弱的人，对此大为烦恼。据说鸠山先生曾在饮酒时拉着当时住在其家中的我妻先生的手哭泣。这时的我妻先生对于应以何种态度研究民法也深感苦恼，他为此而进行的探索，就表现在前述留学中的读书的情况之中。

1925年我妻先生回国，次年就发表了本书收录的《关于私法方法论的一点考察》。在1927年升为教授后，又接连发表了本书收录的《所有权在资本主义生产组织中的作用》、《债权在近代法中的优越地位》、《卡尔·笛儿的〈资本主义的法律基础〉》等论文。这些论文都是先生的留学成果，特别是第2篇论文，在《法学志林》杂志连载3年，是先生的呕心沥血之作。

先生作为民法教授，专心致力于大学的讲课，陆续出版了以《民法讲义》作为副题的教科书《民法总则》、《物权法》，至第二次世界大战中，出版了第4册即《债权总论》（岩波书店）。

大战中几乎成了书斋人的先生，在战后如鱼得水，应邀参加了新国家的社会活动。他作为贵族院议员参加了宪法的审议工作，作为临时法制调查会委员成为民法中的亲属法、继承法的全面修正的中心人物。其后，除担任土地调整委员会委员长这样的行政委员会负责人以及日本学术会议副议长这样的学术组织的负责人之外，他还担任法制审议会民法部会部部长、租税征收制度调查会会长、原子能委员会专门委员（审查原子能损害赔偿制度）等有关立法的委员会的中心负责人。就中，在法制审议会，他作为亲属法、继承法、最高额抵押权立法等多种有关民法的修改工作的主席，做出了贡献。此外，他还长期担任战后设立的日本私法学会的理事长、有斐阁书店新发行的《六法全书》以及法

律新闻杂志《法学家》的主编而活跃于法学界，真正是超越日本民法学的日本法学界的中心人物。由于他在学术上的卓越贡献，1964年被授与文化勋章。

在此期间，先生的著述活动也在不断进行。《民法讲义》的《债权各论上卷》、《债权各论中卷1》、《债权各论中卷2》、《债权各论下卷》等，除侵权行为部分外全部出版。战前出版的各册，除《物权法》外也出版了全面修订版（先生去世后，《物权法》由有泉亨补订出版）。同类著作尚有：《法律学全集》（有斐阁）中的《亲属法》。此外，判例研究方面有《民法判例评释》1~3卷（一粒社），论文、演讲方面有《民法研究》11卷14册，改讲义形式由口述、录音再现的《民法入门》10册（至债权各论上），随笔集数册。另外，还有包括民法全部内容的大、中、小各种形式的教科书3种（《民法大意》上、中、下〈岩波书店〉，《民法》I~III〈一粒社〉，《民法》〈劲草书房〉）。

先生在别墅中写作法律学全集中的《法学概论》（有斐阁创议）时病倒，两天后猝然逝世（1974年10月），享年76岁。该书完成90%左右，后经田中二郎教授加以整理后出版（1975年）。

先生是有名的孝子，对于从贫苦家庭送自己上大学的双亲怀有深深的孝爱。留学归国途中，在船上相识绿夫人并恋爱结婚，在当时成为珍闻。先生也以爱妻而著称。1930年，他左足指患关节炎，后侵至膝部，不得不过着终生拄松杖的生活。多部名著及优秀的行政工作能力，使他得到了财富及崇高的社会地位。他不仅在学术方面，而且在人生方面也经历了很多艰辛和劳苦，但他都以坚强的意志克服了困难。也许因为如此，先生经常说的一句话就是“保护弱者”。战后，他强调“经济民主主义（economic democracy）”（我曾直接聆听此课）。先生的学问中，充满了人性的活力。

二、我妻民法学的地位、本书的意义

我妻民法学在日本民法学史上的地位体现在：(1) 在民法学研究上采用了新方法，或说用这种新方法撰写论著；(2) 将新方法与方法过去的方法相结合，撰写体系化著作；(3) 写出了明示这种方法论整体的论著；(4) 其结果，是向民法学的长河里，注入了自己的新的水流，作成了一个大贮水池，成为其后民法学发展的源泉。可以说，民法学特别是财产法学的长河，汇集于我妻法学，然后由此分流。

作为大学教授的两大任务，先生写出了贯穿民法学全部的讲义或教科书，又对一个专题集中地进行终生研究。前者就是《民法讲义》等教科书，后者是对“资本主义发展中私法的变迁”的研究。收入本书中的论文就是这个专题研究的中心。先生在《关于私法方法论的一点考察》中曾指出，这些论文研究的是私法学三个课题中的一个课题，即相当于该文第三章《以作为社会现象的法律为中心的研究》中的内容。这种研究是去探究民法乃至私法与它赖以生成发展的社会之间的关系，从这种关系上去把握民法的本质。当时的日本民法学只是从规范体系方面去研究法律，从而只从事于民法的解释，我妻先生的这种研究工作是划时代的大事。当然，作为日本私法的源泉的近代私法是诞生于西欧的。因而，先生的研究，除了研究如同卡尔·伦纳、阿来克山大·莱斯特等与先生有共同关心的问题的少数法学者的著作外，还依据西欧主要是德国的经济史学家（马克斯·韦伯、马克思、兰普雷希特等）的研究成果。在文献的选择上，即使从经济史学者的眼光看也是恰到好处，其理解也被认为是正确的。如序言所说，“资本主义发展中私法的变迁”由所有权论、债权论、企业论三部分组成。本论文仅为其第二部分和第一部分的一部分。仅就本论文看，也是基于一个宏大的构想，其论述较之其所依据的论著更是实证的，是一部极其精心而坚实的著作。说它是日本民法学中水

平最高的经典论文是当之无愧的。依我的所见，即使在欧美各国，像这样高度概括综合的研究成果也未见有过。

先生在战时虽曾研究过纳粹私法学，但这也是“为实现同一目的而做的努力”。先生公正地认为，纳粹的法律技术方面有值得注意之处，但纳粹的基本立场，特别是其人种法律理论、“协同比论”等，应坚决予以批判。战后很早就撰写的《经济重建及统制立法》（《法学协会杂志》连载，后由有斐阁出版（1948年）），表现了先生同样的关心。但是，前述的整体构想，始终未见完成，仅就《优越地位》一篇而论，也堪称惊人大作，令人倍感未完成的遗憾。

其后在日本民法学界，把资本主义作为系统研究对象，进行如此宏伟构想的研究的，有就日本研究的福岛正夫的《日本资本主义与私法》、讲座《日本近代法发展史》（劲草书房）。但是，这种研究仅靠一人进行毕竟是困难的。今天，就一个个制度，不仅把法律与社会、经济背景，而是进一步和政治背景、思想背景相关联而进行的研究也在继续（参见我的《后记》）。在这方面，本书所收论文，可以说是这种研究的先驱。

先生提出大学教授有两个任务，可是在从事研究工作时，无意识地遵从某种方法，做了再去反省，求其理论化，这是常有的事。但是在先生，因为他是先写就了方法论的论文，以后进行工作，就能在这个大的框架里进行研究和著述。这真是一种稀有的事。一个学者在青年时就确立了方法论，然后一生一世追求这种方法，实在是一种幸福。我妻先生就是得到这样的幸福的少数学者之一。这种方法的内容，在某一意义上似乎是当然的，但正如先生在《总序》里说的，这是在当时民法学的状况下苦苦寻求新方向的结果，是具有划时代意义的。尽管这种研究还留下很多问题，但就整体说，已网罗了民法学的三大问题并作了研讨，在方法论方面打下了坚实的基础。如此评价并不为过。能就法律学本

身的方法论（尽管对法律解释的方法论，战后尚有争论）写出像这种程度的总括性的论文，直到今天还未出现第二人（关于最近的情况，参见我的《学生版后记》）。

至于先生的另一件大的工作，就是以《民法讲义》为中心的包括民法全部的教科书。这一方面的成果回应了末弘博士的批判，立足于对“资本主义与民法”的研究基础上，采取了全新的写作态度，在解释论的结论上保持均衡，更加贴近常识，在整体上富于说服力。因此长时间里保持通说的地位。仅仅这样，对后进的学者说，就成为一座应该“接近、超越”的高峰。战后，在很多部分上，运用先生尚未充分运用的新方法（例如以日本民法起草为中心的沿革的比较法的研究），通过对先生的解释学说的批判而取得成功的也不少。今天先生的解释学说中有很多部分已不能说仍是通说。不过，一个人撰写了达到如此质量的教科书（实际上可说是一套书。仅《民法讲义》就3300页，《亲属法》430页。此外还有侵权行为的教科书、继承法的注释书。不论民法的哪一部分都可以从先生的解释求解），即使在研究日益精密的今天，几乎也是不可能的。先生的这些成果，已经成为日本民法学里的不朽的经典留了下来。

三、结语

由于谢怀栻先生等中国民法学者的努力，代表日本民法史上最高成果的几篇论文，将译成中文出版。我个人无论是作为一个亲聆我妻先生指导、讲授的人，还是作为一个研究欠丰的后来的民法学者，对此不胜欣喜。在此，谨对谢先生等付出翻译辛劳的各位表示深切的谢意。应该特别指出的是，先生的论文中大量引用欧美的文献，就是对我们日本人说来也是很难读的。对于翻译这种论文的辛劳，我表示深切的敬意。数年前即接受写作序言的嘱托，翻译出版契约也于去年交付，但迟至今日交稿，实在是因为烦忙。从前的工作加上新单位的新工作（要就三门课程制作录

像、撰写教科书), 令人难以抽身。在此, 谨向谢先生及各位表示歉意。如果本次翻译能成为进一步促进中日法学交流的契机, 则幸甚。

放送大学教授
东京大学名誉教授
星野英一
1995年8月

总 序

(一)

收入本书的4篇论文，是我自大正十四年（1925）末，结束两年半的欧美留学生活归国时起的7年间，在《法学志林》及《法学协会杂志》上陆续发表的作品。现在，把这些论文不加改动地结集出版，我的心情是相当复杂的。

我一向认为，大学教授有两大任务：一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书；二是选择自己最有兴趣、最看重的题目，集中精力进行终生的研究。

基于这样的信念，我一方面把民法各部分整理成7册《民法讲义》，另一方面，有意识地把“资本主义发展过程中私法的变迁”作为终生研究的课题。

关于前者，我利用在东京大学法学部多次讲授民法课程、负责编写现代法学全集之民法部分的机会，首先在昭和七年（1932）发表了《物权法》，继而在昭和八年、昭和十一年、昭和十五年分别完成了《民法总则》、《担保物权法》和《债权总论》。在战时，写作曾被迫中断。战后，心稍安定，即继续这项工作。

关于“资本主义发展过程中私法的变迁”这一主题，起初在我的头脑中并不很清楚。大正九年我大学毕业以前，鸠山秀夫先生教导我要对法律予以理论性的考察。大学毕业后，牧野英一先

生、穗积重远先生、末弘严太郎先生都教导我，要以社会作用为中心考察法律制度。留学期间，我在美国专门研究社会学，在德国及法国则主要涉猎经济学及社会主义的文献。作为一个致力于民法研究的人，我一直在苦苦思索应该走什么样的路呢？大正十五年，我在《法学协会杂志》上发表的《关于私法方法论的一点考察》，就是这种苦恼的表现。随后，我仔细阅读了早就感兴趣的卡勒尔（卡尔·伦纳的笔名）的《法律制度特别是所有权的社會作用》一书后，于昭和二年在《法学协会杂志》上发表了题为《所有权在资本主义生产组织中的作用》一文，对该书进行介绍与评论。从那时起，我的头脑中就有一个模糊的想法，这就是要从社会作用方面研究现代私法制度，最后必然归结到私法随着资本主义的发达而变迁的问题。于是我在昭和四年的《法学志林》上，在《债权在近代法中的优越地位》这个题目下，以债权为中心，就这一课题作了轮廓性的描述。但是，由于我头脑中的课题全貌尚不清晰，以债权法为中心的这种作法只是从问题的中途说起。文章连载于昭和四年～昭和六年，共14期，是一部很不成熟的作品。

在完成上述《债权论》后，我立即着手建立贯穿课题全部的体系，为此而涉猎文献、构思结构、反复研究。越研究，越觉得对象广泛。加之这时开始写作《民法讲义》，研究的进展难如人意。不过，作为研究的副产品，昭和七年我在《法学协会杂志》上发表《卡尔·笛儿的〈资本主义的法律基础〉》，昭和十年为《岩波法律学辞典》写了“资本主义”、“所有权”词条，昭和十一年为该辞典写了“土地所有权”词条，并发表《论权利上的所有权的概念》等文。战后出版的《经济复兴与统制立法》（昭和二十三年）中有关经济民主主义的论述，也相当于上述研究的一部分。至于对课题的体系整理，至今尚未就绪。

(二)

我之“大学教授有两大任务”的信条始终未改。完成7册《民法讲义》，把“资本主义发展过程中私法的变迁”作为终生研究课题并对此作出负责答案的决心也始终未变。

但是，战争中的极度疲劳，战后本职工作和各种事务性工作的双重压力，使我简直逐渐丧失了治学的气力。我想，以现状论，两大任务将一事无成。考虑再三，觉得要完成这两大任务必将使精神在重压下崩溃，这才决定放弃其中一个任务，全力以赴地从事《民法讲义》未完成部分的写作。

别人多次劝我，《法学志林》上的《债权论》，学生参考多有不便，故应整理出版。这个意见被我断然拒绝，我仍然想要重新构思，把它整理成体系化的论文。因为与我期望的论文相比，那篇论文还不能说是一篇自成体系的论文。

因此，当我改变初衷，决定出版这一论文时，怀有一种酷似父母出席夭折的残疾儿葬礼的心情。事已至此，我只指望作一番“遗体整容”，在修改文句、整理章节，尽可能进行修补的同时，把我现在对问题全貌所作的大致构想，写成一篇尽可能详尽的序文，权作“葬礼”。

在我写《债权论》这一论文时，关于“资本主义发展过程中私法的变迁”这一主题的整体体系，是在边写作边研究的过程中逐渐形成的。就论述的方法看，有的地方倒置，有的重复，特别重要的是，其结论还未触及问题的核心。这只是一篇像笔记一样的习作，并非一篇完成的论文。也可以视为一篇为完成体系论文而作的试验结果报告。既然不能据此作成整体的论文，也就毫无价值了。如果只是把它公布于世，则有负于作者的学术责任。在任大学教授时，我也曾怀有很大抱负……从这些论文的字里行

间，也可以看出我在年轻时的治学热情。这种读而思、思而写、苦恼加苦思的热情，恐怕只有时时清楚地忆起当时情景的我才能理解。这种热情，不断激励着我，也不断扰乱着我的心绪。

我终于决定停止这些论文的葬礼式出版，重下决心要努力完成体系完备的论文。

至今我仍苦于不能从本职工作以外的杂务中解脱。肩负写作这篇论文及《民法讲义》之重担，我将迎着夕阳，沿着艰险而漫长的学问之路，步履蹒跚地走下去。

(三)

尽管我现在无意将描绘贯穿课题全部的构想写成序文，但为了便于读者评判本书，还是极简略地叙述一下论文的轮廓。

《资本主义发展过程中私法的变迁》由3部分构成。第1部分为所有权论，第2部分为债权论，第3部分为企业论。

在所有权论中，首先阐明封建所有权的社会作用与法律构成，探索其向自由所有权的推移过程，继而研究自由所有权的法律特点及其社会作用。这样就看出了自由所有权与各种契约相结合，其支配外界物质的所有权原始作用已转化为支配他人资本的作用。这种状况，大体与产业资本主义时代相对应。据我看来，这种从物质支配权脱离出来的自由所有权，逐渐为债权（因发挥资本的作用而被利用的契约）所压倒，遭到机能衰落的命运。这就是债权在近代法中的优越地位。

在债权论中，首先应该探索债权内部的变迁，即债权关系非人格化的轨迹，明确债权领域内的自由发展现象。这是债权与自由所有权相结合，发挥资本作用的条件。但是，不久金钱债权这种特殊债权崭露头角。物的担保制度的异常发达，有价证券、银行、证券交易所等新制度的创立，为金钱债权开拓了广阔前景。