

哲学与政府管理学院·青年教师学术沙龙 研讨专用稿

向东：民法与社会主义

- 1.法律是维护统治阶级利益、实现统治阶级意志的工具，这是马克思主义法学的核心理念之一，也为中国法学界熟知。从这一基础出发，民法典就是规范市民在社会生活中方方面面的工具，自然体现其制定阶级的意志，维护其所体现意志之阶级的统治秩序。作为私法秩序的构建标志，民法典在西方法律史中扮演的角色不仅仅局限于私法领域，而且在资本主义生活方式的普及方面起到了决定作用，并进一步在欧陆确立了资本主义制度。必须承认，至少在 19 世纪的欧洲，民法事实上居于“宪法性”地位。
- 2.民法典在社会改造方面的重要性不单有欧陆的例子，明治维新时代的日本和旧中国意图以一部超前的民法典改造旧社会的思路，同样证明了民法典的巨大威力。事实上，脱胎于罗马法的民法制度，于千年的积淀后，在 18、19 世纪的资产阶级手中迸发出耀眼的光辉，最终形成了以“理性人假说”、“个人主义”和“自由主义”为基础，以“私产神圣”、“契约自由”和“自己责任”为主要特征的资本主义圣典。这也是当下我国理论界对民法的基本认识。在编撰具有中国特色的民法典时，对上述价值基础和人文精神的扬弃，成为困扰我国学界的问题，并在《物权法》的制定过程中直接体现出来。但在阅读了岗村司的《民法与社会主义》后，我发现，民法典似乎完全可以拥有另一套思想基础和核心价值。
- 3.出生于 1866 年的岗村司在 1899 年赴德、法研习民法，自 1905 年开始发表关于民法和社会主义关系的文章。中岛玉吉和河上肇 1922 年将这些论文集集成书，后由刘仁航、张铭慈于翻译，上海商务印书馆 1931 年出版。岗村司先生通过比较法和私法史的考察，从所有制、劳动契约和家族制度（未完成）三个方面讨论了民法制度的发展趋势，论证了民法典发展的社会主义化趋势。他采取进化论的观念，将民法制度的发展分为三个阶段，认为法律的发展具有从个人本位向社会本位发展的趋势。以所有制为例，岗村认为，民法经历了自原始的共有到绝对的私有，再到“社会所有制”——财产私有制因为“权利不得滥用”、“紧急避险”和铁路、矿山等财产的国营而昭示了社会主义的理念。
- 4.法典是需要理念的，易言之，是需要指导思想的，民法典也不例外。而历史环境和经济基础决定了民法典的理念或者指导思想。自 18 世纪第一次工业革命爆发，规模化的生产导致了处于扩张和掌控市场阶段的欧洲资产阶级对于多样且不确定的发源的排斥，强烈要求行为在法律上的可预测性和平等性。此种理念与当时法学技术的发展相结合，在满足法典自足性和灵活性的基础上，“从原则下降到规则，从规则上升到原则”。就此，汇聚了法国大革命自由主义成就和旧的法国制度、国王敕令、习俗和地方性法律的《拿破仑民法典》即为典型例证：它是确定土地所有权的宪章，调整人类整体的交易活动，其原则扩张适用于所有的阶层——不仅属于资产阶级，同样属于无产阶级，所有人都成为强而智的理性人，基于自由主义和市场经济，为了自己的利益而奋斗。

5.《民法与社会主义》一书选择性的分析了当时西方民法中的三项制度——所有权、劳动契约和家庭制度——的基本态势，提出西方社会在进入到近现代后，事实上采用了社会连带主义的理论预设，并且正是这一预设，塑造了作者声称的现代西方民法典的社会主义要素：在可能的范围内，对所有权进行限制、扶助劳动者并构建以平等为要旨的核心家庭。但单从所有权制度来看，岗村先生似乎搞混了社会主义和社会连带主义，简单地将“所有权的社会化”当成了社会主义民法典的一项特征。

6.被学者称为“所有权社会化”的趋势之揭示，首先要从“所有权绝对原则”的解释开始。作为一项法律原则存在的“所有权绝对原则”，并不是随着人类社会的建立而成为社会普遍认识的。作为“简单商品经济社会最完备的形态”，罗马法中就已经出现了萌芽性质的所有权理论——值得说明的是，罗马人的所有权更准确的说指的是家父权（*dominium*），而非现代人用来指称财产制度的所有权（*proprietas*）。但该种所有权并非绝对，例如《十二表法》规定：“树上的果实落于领地时，可入领地拾取之”。虽然巴托鲁斯有“对有体物享有不受限制的处分的权利”之说，但也有“除法律禁止之外”的限定。在笔者看来，“所有权绝对原则”的直接法制史渊源是日耳曼法中的占有（*Gewere*）制度——基于对物的实际占有讨论对物的控制和利用，由此产生了“绝对的、排他的、永久的”所有权三性质。

7.在历经了长达千年的宗教神学统治之后，伴随着近代资本主义生产关系的萌芽和发展，特别是人文主义者进行的文艺复兴运动、宗教改革运动和罗马法复兴运动，糅杂了罗马家父权和日耳曼法占有制度的资产阶级所有权制度在个人主义和自由主义的基础上被法学家们打造出来——它是与生俱来、上天赋予的对财产加以支配的绝对权利。这种思想的实体法表现，首先是 1789 年法国

《人权宣言》第 17 条：“所有权为不可侵犯的神圣权利，非经合理证明确为公共需要并履行正当补偿，不得剥夺”。15 年后的《拿破仑民法典》第 544 条进一步重申：“所有权为以最绝对的方法，收益、处分物的权利”。

8.发轫于自然法思想，风行于 18、19 世纪的个人主义和自由主义基础上的所有权制度，彻底切断了封建财产所有权建立在财产与身份之间的联系，为资本主义大机器生产奠定了财产法的基础。但是，物极必反，个人主义和自由主义的所有权制度在 19 世纪末严重的阻碍了社会的发展。正如岗村司所言：“个人所有权之弊在于富力集中，贫民增加，增长贫富之悬绝……夫鼓励人之私欲，俾追逐于竞争之场，强梁无耻之徒，致其全力以求富，无所不为，亦固其所”，“劳工对于资本家所提出之条件，虽如何苛酷，亦不得不承诺。乃为仅堪维持生命之工资而服务于粉身碎骨之过度劳作”。

9.为了解决这一问题，以迪尔凯姆为代表的学者们

作为一门科学，社会主义被学者们总结为“研究改变资本主义、建设社会主义社会的一般规律”；而社会连带主义，是社会学中的一种理论。后者认为社会是一个有机的整体，所有社会成员统一而又和谐的集合，是社会存在的基本条件。在此种基础上，形成了社会连带主义法学派，是跨国性法律意识运动的产物，

以应对 19 世纪末爆发的资本主义现代危机。由于共享某些理论前提，例如对于古典法律意志论的排斥，社会连带主义指导的法学派与科学社会主义有着表面上的共性。这种共性直接表现为对个人主义的唾弃，以及对“以私人产权神圣为基础的古典司法神话”的反动。