

学精品教科译丛

民法讲义 I

总则 (第3版)

〔日〕山本敬三 著
解 亘 译



新
平
和
解
亘



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

本书是有关日本民法总则的教科书。

本书特别重视究竟是“为了什么”才学习法律。学习法律的第一要务是要实际解决涉及法律的诸多问题。欲完成这样的作业，就必须能够从复杂的事实中抽出有可能在法律上成为问题的事项，并通过恰当的论据为自己就此的判断提供理论基础。从而，预先掌握什么才是有可能在法律上成为问题的事项、就此存在怎样的主张、各种主张的背后有什么样的理论基础，便成为其前提。如果没有正确理解基本的问题以及相应的主张和论据，绝对无法运用法律。基于这样一种想法，本书尝试着用大量的设例来阐明成为问题的事项，并尽可能明确地整理相关判例和学说的主张、论据。

本书的汉译，将给我国法学界提供良多的借鉴意义。

山本敬三，1960年出生，日本京都大学大学院法学研究科教授。

解亘，南京大学法学院副教授。



ISBN 978-7-301-20618-8



9 787301 206188 >

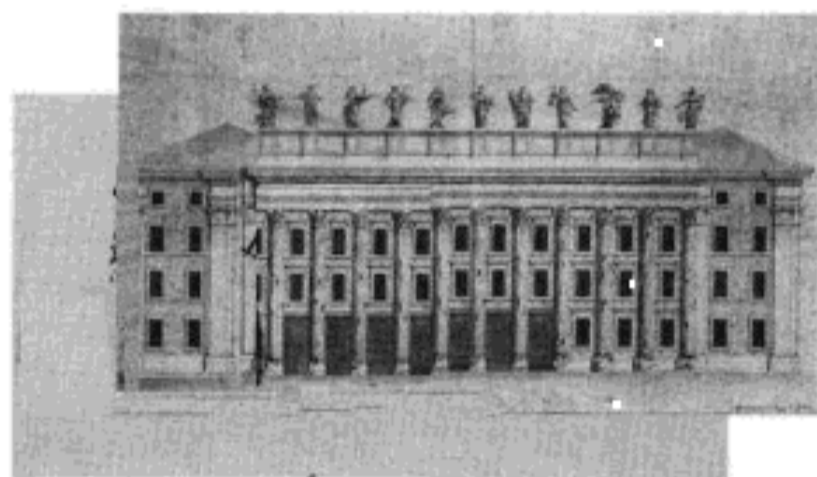
定 价：62.00 元

法学精品教科书译丛

民法讲义 I

总 则（第 3 版）

〔日〕山本敬三 著
解 亘 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

新
知
学
社

PDG

北京市版权局著作权合同登记号：图字 01-2011-8065

图书在版编目(CIP)数据

民法讲义 I. 总则/(日)山本敬三著;解亘译.—3版.—北京:北京大学出版社,2012.6

(法学精品教科书译丛)

ISBN 978-7-301-20618-8

I. ①民… II. ①山… ②解… III. ①民法-总则-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 091927 号

版权声明

民法讲义 I 总则(第三版) 山本敬三 著

有斐阁 2011 出版 中文简体字版根据合同由甲方授权出版

MINPOU KOUGI I SOUSOKU DAI 3 PAN

Written by KEIZOU YAMAMOTO Copyright © KEIZOU YAMAMOTO 2011

Simplified Chinese translation copyright © Peking University Press, 2012

All rights reserved

Original Japanese language edition published by YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD.

Simplified Chinese translation rights arranged with Peking University Press.

and YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD. through NISHIKAWA COMMUNICATIONS CO., LTD.

书 名:民法讲义 I 总则(第三版)

著作责任者:[日]山本敬三 著 解 亘 译

责任编辑:王 晶

标准书号:ISBN 978-7-301-20618-8/D·3117

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者:三河市博文印刷厂

经 销 者:新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 35 印张 657 千字

2004 年 6 月第 1 版

2012 年 6 月第 3 版 2012 年 6 月第 1 次印刷

定 价:62.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

第三版中文版序言

自本书初版在日本刊行以来,已经经过了11年的时光。如本书第2版序言和第3版序言所述,其间日本围绕本书的状况发生了很大的变化。

首先,2004年在法学部(4年制本科)之外,新增了法科大学院制度(2—3年制)。以往的本科教育,可以说是将培养法曹(法官、检察官和律师)的教育与培养拥有法律素养之一般性人才的教育融合在一起开展的。而法科大学院是以培养法曹为目的的制度。在法科大学院所开展的教育,较之于以往的法学部培养法曹的教育,无论在理论上还是在实践上都有了更高的要求。这种制度的导入,导致法学教育的重新编成,用于法学教育的教科书也受到影响。在本书第3版中,“以阐明民法规范的涵义和构造这样的观念为基轴,从这种观点重组了说明的方法和顺序”,试图与所谓的要件事实论——在确定发生一定法律效果之法律要件的基础上,旨在阐明有关构成该事实之主张、举证责任的所在以及应当由当事人提出之攻击防御方法的配置(请求原因、抗辩、再抗辩等)的理论——对接,便是缘于这样的背景。

其次,日本民法典发生了很大的变化。2004年日本民法典被白话文化,但仅仅是将用语、记述置换成平易的白话文,内容并没有大的变化。然而,大致从那个时期开始,针对民法典的一些具体制度被大幅修改。例如,2003年的担保法修改,2004年的保证法修改,2006年的法人法修改。再者,自2006年起以债权法为中心开始了从根本上修改民法的作业。至2009年,以民法学者为核心的民法(债权法)改正检讨委员会发表了《债权法改正的基本方针》。其后,法务省于2009年11月在法制审议会内设置了民法(债权关系)分会,此项工作正朝着修改民法的方向推进。虽然修改的时期尚未确定,但现阶段的目标是2014年向国会提交修正案。此次修改的对象是债权法(无因管理、不当得利和侵权行为除外)为中心的部分,但本书讲述的对象法律行为和时效也包含在内。为此,为了阐明日本民法现在所处的状况,本书第3版尽可能地触及此次民法修改的动向。

本书的中文版得到了不少读者的好评,这实在令人荣幸。我本人在遇到中国的学者和学生时,常常切身感受到大家是通过本书知道我的名字的。想到书籍以该国的语言刊行将蕴含怎样巨大的含义和力量,再想起其内容可能会影响到很多人,就经不住再次正襟危坐。祈愿本书第3版能够经得起中国读者严谨的挑剔。

较之于本书的初版,第3版在多处作了大幅度的修改,几近新作。而且分量

也大幅增加,还使用了很多复杂的图表。虽说是改订版,但多数地方都不得不重新翻译。不难想象,本书第3版的翻译需要怎样的辛劳。对初版以来持续承受翻译之劳苦的解亘氏的感谢无以言表!此外,也向承接这样的特点突出、违反常态之书籍的改订版出版的北京大学出版社表达深深的谢意!

山本敬三

2012年4月2日于京都



中文版序

本书是有关日本民法总则的教科书。所谓教科书,是指以学习法律的人为对象,就各个领域里必要且充分的知识,作系统整理、解说的书籍。本书当然也具有这样的特点。然而,在此基础上,本书还特别重视这样一点,即,究竟是“为了什么”才学习法律。学习法律的第一目的,是要实际解决涉及法律的诸多问题。欲完成这样的作业,就必须能够从复杂的事实中抽出有可能在法律上成为问题的事项,并通过恰当的论据为自己就此的判断提供理论基础。从而,预先掌握什么才是有可能在法律上成为问题的事项、就此存在怎样的主张、各种主张的背后有什么样的理论基础,便成为其前提。当然,完全掌握这些知识是不可能的。可是,如果没有正确理解基本的问题以及相应的主张和论据,绝对无法运用法律。基于这样一种想法,本书尝试着用大量的设例来阐明成为问题的事项,并尽可能明确地整理相关判例和学说的主张、论据。凭此,读者大概可以将日本民法中的现实问题与解决问题的探讨状况联系在一起了吧。

日本自古以来就受到中国文化的巨大影响,就法律制度而言,也是从继受中国开始的。本书能够在这样的国度被翻译、出版,对笔者来说,实在是莫大的荣誉和无上的喜悦。没有中日两国的无数先知的积累,就不可能有本书的问世。一想到此,除了无以言表的感激之情外,便是难以抑制的、诚惶诚恐的心境。殷切期待着本书能够为中国的同仁们深化对日本法的理解和关心作出哪怕是一点点的贡献。

为本书的翻译付出辛劳的解亘氏,曾长期在我所工作的京都大学大学院法学研究科学习民法和知识财产法。当初他提出翻译此书的想法时,笔者当即便应允了。这,首先是因为笔者熟知他真挚的研究态度和对日本法学的深厚造诣。可以想象,翻译像本书这样篇幅的著作,是件多么浩繁的工作。衷心地感谢他。此外,对接纳本书出版的北京大学出版社和有斐阁,也表示深深的谢意。

山本敬三

2004年1月于京都

第 3 版序言

本书第 2 版刊行至今已经过了六年。其间,特别是《2006 年法人法》修改,之前《民法总则》中设置的法人规定多被删除,新制定了一般社团法人法和一般财团法人法。本来,有必要立即改订本书的,一直拖延到今天的最大原因,如第 2 版序言中也曾预告的,笔者感到有必要根据其间围绕法学教育之状况的变化修正本书的基本构想。2005 年秋,作为“试验作品”出版了本书的姊妹篇《民法讲义 IV-1 契约》,尝试着呼应要件事实论。但在该书中是否充分实现了分析作为目标之“民法规范的构造”(同书序言 ii 页)这个目标呢?笔者一直没有确信。而且,其间面向民法(债权关系)修改的动向急剧加速,我本人也为此项准备工作花费了大量的时间和精力。此项工作的收获大得难以计算,到开始着手改订本书为止,其间花费的时间超出预料。然而,这些负担对于许多同辈的同仁来说完全相同,因此只能说这完全是因为自己的怠惰和优柔寡断。在此,对期待本书的各位读者表示诚挚的歉意。

除了应对其间以法人法的修改为代表的诸多法律的制定或者修改外,本书还着力于跟踪新出现的最高法院判例。此外,关于民法修改的动向,虽然其方向尚未确定,本书以我本人参与的立法提案为线索,只要是与本书的内容相关的都尽可能地指出存在的问题。然而,此次的修订,不仅是像这样更新本书的内容,另外还尝试在内容和形式两个层面都修正本书的思想。

首先,关于内容层面,以阐明民法规范的涵义和构造这样的观念为基轴,并以此观念重组了说明的方法和顺序。具体来说,就民法上的各项制度,尽可能明确地分析为制度预定的权利构建基础的规范是什么,构成排斥这种权利之依据的规范是什么,并尝试揭示各个规范的要件内容。如上所述,即使在《民法讲义 IV-1 契约》中也已经意识到如此分析的必要性,但在结果上该书却将重点放在了要件事实上。可是,详细内容如[《要件事实、规范构造分析的意义及本书中表格的读法》](本书 xix 页以下)所述,要件事实不过是通过阐明这种民法规范的涵义和构造而派生地推导出来的产物。既然核心是民法规范的涵义和构造,那么作者认为将其推置前台才有助于理解其中真正的问题。本书以上述观念作为基轴,正是出于这样的考虑。

此外,在内容层面的修正,还包括对 Comment 的扩充。如本书初版序言中也曾提到的,之前本书“在多数场合不发表自己的见解,而只限于客观整理研究状况”。这是因为,“对于实际的问题,本书试图提供给每个人作出判断、展开研

讨的线索”。虽然并未觉得有必要大幅度地变更这一观念,但有很多针对本书的意见都认为,给出我本人的意见可以提供“用以展开研讨的线索”。笔者认为该意见非常中肯,为此在本次改订之际在 Comment 中揭示问题之所在的同时,留意在可能的范围内参与其中,给出我个人的观点。

其次,在形式层面也颇下工夫,为的是让本书的内容作为文章易于阅读。本书的特征在于,为将关于某事项的信息分段,并明确各个信息相互间的关系,作了彻底的构造化改造。不过,针对这样的尝试,也出现了这样的反馈,即作为总括到一起的文章阅读起来费劲。虽然我个人毫不动摇地认为,像本书这样对信息作构造化的处理有利于正确的理解,但若因为表述方式上的不协调感而不能触及核心内容,却非本意。为此,为了多少能消除这种不协调感,在维持信息构造化这个观念的基础上,留意在被分段的正文之后附加过渡词,以在文章中也阐明各项目之间的关系,使得总括到一起的文章易于阅读。

另外,在形式层面上适当修改了版面设计。为了将信息的构造化做到极致,使其可视化,本书曾大量采用缩进排版的格式。这是旧版的一大特征。可是,随着阶层构造的深化,空白部分越来越多,反而变得不易阅读。为此,在改订之际在保证信息的构造化易懂的同时,放弃了过度的缩进排版。另外,为了增加一点易读性,给 Comment 添加了标题。

作以上修改的结果,此次的修改涉及本书整个的细节,多处几乎需要重写。为了尽可能地做到准确,在对本书作校正时,得到了京都大学法学部的我的 seminar 毕业生、毕业于京都大学法科大学院的中村瑞穗和中村美穗,以及毕业于同志社大学法科大学院的下田香织和宫本敬昌的帮助。得益于他(她)们周到和敏锐的指正而纠正的谬误究竟有多少,我已记不清楚。由衷地表示感谢!

最后,在改订本书之际,得到了有斐阁京都支店的一村大辅先生的关照。尽管工作一拖再拖,而且改动巨大,一村先生却总是向我伸出温暖的手,忘我地帮助我战胜困难。借此表达深厚的谢意!

山本敬三
2011年4月

第 2 版序言

本书刊行以来已经过了四年。其间,有关民法的状况发生了很大的变化。最大的变化,是 2004 年所作的旨在实现民法白话文化的修改(2005 年 4 月 1 日施行)。此次修改,除了将民法的用语、记述置换成平易的白话文,还将部分判例、学说上确立的解释明文化,删除、整理了现在已经失去意义的规定和表述。一般认为,这些并未在实质上改变现行法的内容。但在法律的解释和适用上,法律条文变化的意义绝不可小觑。为此,本书也与此次修改相对应,作了全面的改订。

不过,其间的变化并不限于民法的白话文化。仅在民法总则领域就出现了大量的裁判例。更为重要的是制定或者修改了有关民法的诸多法律。例如,《2001 年的中间法人法》、《电子消费者契约以及电子承诺通知法》、《2002 年的区分所有法》、《2003 年的担保法》、《2004 年的不动产登记法》、《动产债权转让特例法》。此外在程序法领域,《公司更生法》、《破产法》被全面修改,《民事诉讼法》、《民事保全法》正在修改。在其他的领域,除了《特定商交易法》、《分期付款销售法》有重要的修改外,从《证券交易法》到《律师法》、《司法书士法》等,即使限于与本书的讲述相关的领域,被修改的法律就不胜枚举。为此,本次改订将本书中提及的诸多法律一一作了检查,并在必要的范围内修正了说明。此外,还尽可能地跟踪其间出现的最高法院判例,努力在整体上保持内容的最新。

荣幸的是,本书的初版得到了很多读者的好评,并传来了很多希望刊行新版的呼声。还未来得及能回应这样的期待,四年的岁月就已经流逝。对此只能诚挚地表达歉意。不过,其间法科大学院制度开始运转,围绕法学教育的状况也发生了很大的变化。笔者也感到有必要顺应这种状况,稍稍修正本《民法讲义》系列的基本构想。在这个意义上,本书本应按照新的基本构想作全面的改订,但此次只限于上述的改定,根本性的修改只能期待他日了。

此次改订得到了有斐阁京都编辑室奥村邦男先生和一村大辅先生的鼎力相助,由衷地表示感谢!

山本敬三
2005 年 3 月

初版序言

法律不只是学习的对象,它首先是供人们运用的。人世间存在各种各样的纷争,就这些纷争而言,究竟什么才是问题的关键?又该如何解决?法律知识,是用来解决上述问题的知识。无论怎么强调自己已经学习了法律,如果在实际的场合不能运用的话,就没有意义。法律的学习,需要树立一个目标,即至少最终要会运用。

本书,是用于掌握民法中有关民法总则的基础知识的教科书。可是,这里所说的民法总则的基础知识,说到底必须是供人们运用的基础知识,即在具体的事例中,构成准确把握成为焦点之事项、并恰当地予以解决之根基的知识。本书的目的,便是传授这种知识。

基于这样的目的,本书在执笔之时始终留意以下诸点。

第一,注意在开头描绘出相关整体的鸟瞰图,在讲述各部分知识的同时,始终在鸟瞰图中为其定位。因为笔者以为,如果能够理解全貌,也就能更好地理解各部分知识,这些知识会沉淀下来,供后面学习时运用。在作具体论述时,着意作彻底的结构化处理,以阐明各个单元之间的关系。在通读一遍后,只要重新翻看单元的标题,就一定能唤回学过的知识。

第二,对于各个具体的问题,尽量做到通过列举具体的事例来说明。如果明白了抽象的知识在什么样的场合成为问题,以及理论探讨是为了什么,那么抽象的知识就会一下子变得非常容易理解。而且,对于各种各样的问题,如果知道了其典型性的事例,它就会成为在实际的案件中发现问题的线索。本书努力列举了尽可能地单纯化了的、但又是现实生活中可能发生的逼真事例,希望同学们能够灵活利用。

第三,尽量以命题的形式介绍判断基准,在介绍判例和学说时,着意将论据简化为一定的样式。这么做,是出于如下的考虑:对于实际的问题,本书试图提供给每个人作出判断、展开研讨的线索。为此,本书在多数场合不发表自己的见解,而只限于客观整理研究状况。对于这样做仍然不能传递出问题之症结,特别是初学者应当注意的事项,在 Comment 中补充说明,希望能供参考。

本书的雏形是笔者于 1996 年度和 1997 年度在京都大学法学部所作之讲义。全部内容分为 25 章,基本上与各次的讲义对应。如果没有每一次热心听讲的各位学生的支持,讲义的内容恐怕不能统括成这样的形态。另外,听过该课程的田冈直博同学(第 55 期司法研修生)和吉政知广同学(京都大学大学院法学

研究科研究生)参与了本书的校正。因为他们二位准确且锐利的意见,本书中改写之处难以数计。衷心感谢他们。

除了上述基本构想外,包括版面的设计在内,本书在风格上也不同于以往的教科书。有斐阁编辑部的奥村邦男先生、田颜繁实先生,是笔者这番用意的知音,他们克服了许多许多的障碍,推动了这本书的问世。我真不知道,两位忘我的帮助曾给我带来过多大的鼓励?借此表达深深的谢意。

山本敬三
2001年3月



要件事实、规范构造分析的意义及 本书中表格的读法

① 要件事实与规范构造分析的意义

本书的特点之一,是在吸收与要件事实论相当之理论的同时,并不将其作为要件事实论原封不动地和盘托出,而是试图解释位于其基础之规范的构造。^①首先,就其意义和理由作一番说明。

1 要件事实的意义 首先,对于初学者来说,听到“要件事实”估计不知所云。^②于是,尝试翻阅法律用语词典的人,例如会看到如下的说明:“【要件事实】民事诉讼上的概念,是直接构成——规定了权利发生、变更、消灭之法律效果的法规为该效果之发生而当作必要的——要件的事实。也称为主要事实或者直接事实。”^③看到这里,或许疑问非但不能消解,反而更加不知所措了。

(1) 规范与事实的区别 上述说明以法规范与事实的区别为前提。法规范,规定“应当如此这般”的当为,而事实则意味着“曾经是这样的”现实。所谓“要件”,是在前者的法规范世界中“应当如此这般”的前提条件——“在 T(通常由 T_1 、 T_2 、 T_3 ……这样的要素构成)的情形”应当如此这般。所谓“事实”,是指在后者的世界中现实发生的被认为与要件 T 契合的事实 $t(t_1$ 、 t_2 、 t_3 ……)。因此,所谓“要件事实”也就意味着,以这样的法规范为前提,现实发生的与该法规范所规定之要件契合的事实。例如,“因故意或者过失侵害他人的权利或者法律上受保护之利益的人,负担赔偿由此所生之损害的责任”(民 709)这样的规范,就属于法规范。其中,某人“因故意或者过失侵害他人的权利或者法律上受保护之利益”属于要件。此外,例如某日在某地一个叫 Y 的人故意殴打 X 致其受伤,就属于与该“要件”契合的现实发生的“事实”。

(2) 主张责任、举证责任 按照先前的法律用语词典的说明,这个“要件事

^① 如本书序言所述,笔者在拙著《民法讲义 IV—契约》(有斐阁,2005年)中以民法规范的构造分析为基础,将叙述的重点置于要件事实的提示及其说明上。而本书的特色在于,将进一步发展上述想法,将民法规范的构造分析置于前台,将构成要件事实的内容定位为从中派生出来的。

^② 关于要件事实论的概括性意义及笔者自身的理解,山本 IV—1,iii 页也作了叙述。以下的说明是面向初学者的,简明易懂。

^③ 法令用语研究会编《法律用语辞典》(有斐阁,第3版,2006年)1378页以下。

实”是“民事诉讼上的概念”。的确,在诉讼中,实际的纷争通过对法规范的适用来解决。为此,就需要确定什么是应当适用的法规范,特定其“要件”,并判断与其契合的“事实”是否存在。在这个意义上,毫无疑问它是在进行民事诉讼时不可或缺的概念。

可是,之所以说要件事实是“民事诉讼上的概念”,理由并不止于此。特意打上“要件事实论”的铭牌,究竟其中探讨了什么问题呢?它探讨的是在诉讼中由哪一方的当事人负担主张、举证,以及主张、举证什么样的事实的责任。依据民事诉讼法的原则——辩论主义,法院不得基于在当事人的辩论中没有出现的事实作判决。所谓主张责任,是这样一种不利益:以该原则为前提,因为某项事实在辩论中没有出现,因此,不认可——若该事实存在则一定会认可之——法律效果。所谓举证责任,是这样一种不利益:虽然事实在辩论中出现——,但当根据证据不能确定其有无——称为真伪不明时,不认可——若该事实存在则一定会认可之——法律效果。

(3) 攻击防御方法的配置 所谓要件事实论,正是以阐明上述主张、举证责任之所在,相应地确定在诉讼现场各当事人应当提出之攻击防御方法的配置——原告为了为自己的请求提供基础应当就怎样的事实主张、举证(请求原因);原告获得成功时,被告要驳斥原告应当就怎样的事实主张、举证(抗辩);被告获得成功时,原告要驳斥被告应当就怎样的事实主张、举证(再抗辩)等——为目的的探讨。

2 规范构造分析的意义 不过,听了这样的说明后,或许会认为这样的要件事实论是诉讼特有的技术性话语,即便在“实务”中重要,但与民法本身以及民法的理解和学习没有直接的关系。实际上,在学者中也有不少人认为,对于民法的理解和学习来说,“理论”比什么都重要,要件事实论这样的涉及诉讼技术的“实务”性事项,可以在“认真学习了民法”之后——在法科大学院的某个阶段或者在司法研修的阶段另行——学习。^④

(1) 要件事实的理论依存性 然而,如此将要件事实论与民法的“理论”对立起来把握是不正确的。这是因为,有关要件事实论的通说性的见解——法律要件分类说认为,主张、举证责任的所在以及攻击防御方法的配置,终归要通过对民法的解释才能推导出来。作为请求原因原告应当主张、举证的事实,要经对原告请求的阐明,即明确构成权利基础的民法规范——称为权利根据规范或者据权规范——是什么,并根据该规范的宗旨确定该规范的要件——称为成立要件,才得以确定。作为抗辩被告应当主张、举证的事实,也要经对构成反驳原告权利之根据的民法规范——称为权利阻却规范或者阻却规范——为何的阐明,并根据该规范的宗旨确定该规范的要件——称为阻却要件,才得以确定。而作

^④ 民法学界也有各种各样的意见。关于这一点,参照2005年召开的日本私法学会的研讨会“要件事实论与民法学的对话”中的讨论【私法68号5页以下(2006年)】。

为再抗辩原告应当主张、举证的事实,也要经对构成反驳被告主张之民法规范——称为再阻却规范——为何的阐明,并根据该规范的宗旨确定该规范的要件——称为再阻却要件,才得以确定。主张、举证责任之所在以及攻击防御方法的配置,像这样从为权利的发生和阻却提供基础这种观点出发,经过对民法规范的涵义和构造的阐明,才能被推导出来。这个意义上确定民法规范之涵义和构造的作业,就是民法解释本身,而阐明规范的涵义和构造恰恰是“理论”的作用。因此,对要件事实的理解,取决于依据何种理论,这里存在应称为“理论依存性”的特点。^⑤

(2) 以规范构造分析为中心的必要性 当然,民法的解释可以从各种观点展开,要件事实论终究只是从一种观点——为权利的发生和阻却提供基础这种观点——出发所作的展开。可是,一旦意识到这样的观点自己就会明白,为成为问题之法律效果提供基础的法规范是什么样的规范,不管愿意不愿意都会认识到这些法规范相互间的关系。这恰好与深化对民法规范进而对位于其根基之“理论”的理解相关联。有必要深刻领会到,学习要件事实论实际上有这样一层含义。

不过,仅仅揭示构成请求原因、抗辩、再抗辩之事实,难以让人切实感受到与民法规范的联系。特别对于初学者来说,有可能会误以为这些要件事实是某种所与,或者产生结论是从事实中自动推导出来的错觉。这就本末倒置了。为此,本书将焦点对准位于要件事实基础位置的民法规范,重点阐明其涵义和构造,将要件事实定位为由前者所派生之物。由此,期待学员能够更好地理解作为规范之学问的民法学的涵义。

② 本书中表格的读法

1 规范构造表 本书在正文部分除了分析如上之民法规范的涵义和构造外,对于特别重要的问题,会在末尾列出规范构造表。列出这样的规范构造表的目的,在于整理在正文部分分析、说明的民法规范的涵义和构造,使得读者更容易理解其全貌。

规范构造表根据成为问题之请求的次序,按照请求、即为权利提供基础的规范——简称为据权规范,构成反驳该权利之根据的规范——简称为阻却规范,构成反驳阻却规范之根据的规范——简称为再阻却规范——的排列,作规范的整理。这样的据权规范、阻却规范、再阻却规范有时分别由一个规范构成,但更多的情形由多个规范构成。

在揭示这些规范之际,如果存在构成线索的条文,则予以标示——例如民 94II。虽不存在这样的条文,但可以通过类推既有条文所规定之规范来提供基础时,标示为该条文的类推——例如民 94II 的类推。当可以作为类推线索的条文也不存在,但可以以一般承认的规范或者应当承认的规范作为依据时,标示为

^⑤ 关于这一点,山本 IV - 1 xvii 页以下也有相同的论述。

“不成文法”。按章在各项规范上作记号——据权规范用 ① ② …… 阻却规范用 a b …… 再阻却规范用 甲 乙 …… 再再阻却规范用 α β …… 重复标示同一规范时,仅标示记号,并标示初次出现的页码。

xxiii

如上所述,构成——这样确定下来的规范的——要件的具体事实,属于要件事实。在本书中,基于上述考虑,不直接明示构成这种要件事实的内容,取而代之,用加黑字体标示构成——与要件事实相对应之规范的——要件的内容。如此一来,应该可以获得用以确定要件事实的线索。当然,要严密确定要件事实,需要进一步地切分事实、附加时间性要素的情形不在少数。可是,不必在一开始就被那样的技术因素所困扰,更为重要的是理解基本的想法。本书所提示的规范构造表,正好能为深化这种理解提供线索。

2 要件事实 在本书中,在若干处例外地将要件事实表合在一处列出。特别像代理那样的,要件事实在技术上稍显复杂,从规范构造表中难以读取,有误解之虞的情形,作了这样的处理。

在要件事实表中,依成为问题之诉讼标的,作了请求原因、抗辩、再抗辩的配置,为了与规范构造表对比,不列举严格意义上的要件事实——构成规范之要件的具体事实、准确地说主要事实。为了使读者能理解要件构成的宗旨,以构成法律要件要素——构成法规范之要件的要素,即区别于与其契合之具体事实的规范的构成要素——的内容为中心作了整理。

因为篇幅的限制,在要件事实表中大量使用了省略记述。涵义特别不明时请参照正文的说明。主要记号的涵义如下。其中 Ⅰ 和【】在规范构造表中也使用。此外,① a 甲 虽与规范构造表中使用的记号重复,但请注意两者完全不是一回事。

xxiv

《 》	表示诉讼标的
Ⅰ	在请求原因、抗辩、再抗辩等选择性多个并存的情形使用(在规范构造表中也使用)
① a 甲	在构成请求原因、抗辩、再抗辩等的要件——是法律要件要素或者要件事实,未必总与主要事实对应——多个存在的情形使用
A	表示是选择性要件——法律要件要素或者要件事实(A 或者 B 的涵义)
※	表示预备性主张(预备性请求原因、预备性抗辩等)⑥
【 Ⅰ 】	存在见解对立的情形,表示该见解(在规范构造表中也使用)
X→Y	从 X 向 Y

⑥ 以预备性抗辩为例,针对某项请求原因,作为为同一法律效果提供基础的攻击防御方法,除了抗辩Ⅰ外,在存在包含Ⅰ之要件事实(例如Ⅰ ②)的抗辩Ⅱ(例如由要件事实Ⅰ ② ③构成)的情形,该抗辩Ⅱ称为预备性抗辩。在此情形,原本作为攻击防御方法仅抗辩Ⅰ(要件事实Ⅰ ②的主张、举证)便足够,不需要抗辩Ⅱ——这种关系称为“a+b”,但针对抗辩Ⅰ对方主张、举证再抗辩的情形,抗辩Ⅱ便有了意义。详见司研 III181 页以下。具体的例子,为样本所列的第 1 张表(法定效果说的部分)。

	X 的物权返还请求的 依据规范(请求原因)	阻却规范(抗辩)	再阻却规范(再抗辩)	再再阻却规范 (再再抗辩)
无效主张否认说	3 不成文法 就标的物拥有所有者,可以对正在占有该标的物之人请求标的物的返还	权利丧失的抗辩 c 民 176 物权的设定及移转,仅依当事人的意思表示而生效 ^⑦	虚伪表示的抗辩 b 民 94I 同上 (153 页)	善意第三人 a 民 94II 基于民 94II 的意思表示无效,不能对抗善意第三人
	4 不成文法 权利发生(存在为权利发生提供基础的事实)时,只要没有特别的事情,该权利现存 ^⑦			
法定效果说	3 不成文法 同上	I 因意思表示而丧失权利的抗辩	虚伪表示的抗辩※	
	4 不成文法	c 民 176 同上	b 民 94I 同上	
		II 因民 94II 而丧失权利的抗辩※		
		d 民 94II 即使与相对人通谋作出虚伪的意思表示,如同该虚伪表示有效一样善意第三人取得权利		

(摘自本书 155* 页)

⑦ 一般认为,这样的权利不变更原则作为整个法体系得以成立的根本原则之一被认可。因为有这个原则,如果主张、举证在过去某一时点曾有取得权利的原因存在(这便是“原来所有”这个缩略语的涵义),那么该权利现在也存在一事便获得基础。依此,原告(X)过去取得标的物所有权一事获得了基础,那么现在也将拥有所有权,对现在占有标的物之人(Z)可以行使基于所有权之物权请求权。被告=占有人(Z)要排斥这个请求权,例如就需要其间原告(X)丧失了所有权。为其构建基础的,是右栏的权利丧失的抗辩。因此,例如原告(X)因买卖合同等向其他人(Y)转让标的物的所有权时,原告(X)丧失其所有权,因此,以原告(X)现在拥有所有权为理由的物权请求权将被阻却。

⑧ 176 条一般被理解为这样的规定:要发生物权的设定以及移转的效力,仅仅意思表示便足够,即采用了意思主义而非形式主义的立场,就是说不需要具备一定的形式——登记的齐备、标的物的交付等。依此理解,可以将其看做“如果有为物权变动构建基础的意思表示,则发生物权变动的效力”的规范。但是,该规范为了表明采用了意思主义的立场而使用了“当事人的意思表示”这样的表述,严格来讲,为物权变动的效力构建基础的,是由这种意思表示为构成要素的法律行为【关于法律行为的涵义,参照第 6 章(102 页)】。例如,除买卖合同、赠与契约——准确地说是这些契约中所包含的内容为物权变动的合意(详见物权法的解说)、遗赠等外,还有地上权设定契约、抵押权设定契约等,都属于此。因此,作为抗辩需要主张、举证的是这些法律行为的存在。

• 此为原书页码,即本书边码,下同。——译者注

基于表见代理之履行请求的根据规范	阻却规范
<p>1 民 99I 代理人表明为本人而为后所作的意思表示,在代理人拥有为此意思表示的权限时,直接对本人生效</p> <p>2 民 109 正 对相对人表示授予他人以代理权意旨者(表示授予代理权之人),于代理权范围内,就该他人与相对人间实施之行为,负担责任</p>	<p>a 民 109 但 即使在左列情形,当相对人知道或者因过失不知道并未赋予该他人代理权时,表示授予代理权之人不负担责任</p>
Y 的请求原因	X 的抗辩
<p>1 代理行为人 A 实施代理行为</p> <p>a 代理行为人 A 实施法律行为</p> <p>b 代理行为人 A→相对人 Y 显名</p> <p>2 先于 1 本人 X→相对人 Y 表示授予代理权(授予作 1 之行为的代理权的表示)</p>	<p>A 相对人 Y 的恶意 or</p> <p>B 相对人 Y 的过失^⑨</p>

(摘自本书 409 页)

物权性请求的根据规范	阻却规范
<p>4 不成文法 就标的物拥有所有权者,可以对正在占有该标的物之人请求标的物的返还</p>	<p>I 基于表见代理丧失所有权的抗辩【相对人限定说】</p> <p>1 民 99 I 同上(409 页)</p>
	<p>3 民 110 代理人实施其权限外的行为的情形,当相对人相信代理人有权限,且信赖有正当理由时,本人就该行为负担责任</p>
<p>5 不成文法 权利发生(存在为权利发生提供基础的事实)时,只要没有特别的事情,该权利现存</p>	<p>II 基于类推 94 II 丧失所有权的抗辩</p> <p>b 类推民 94 II 在存在虚伪外观的情形,当真正的权利人就该外观的作出或者存续有归责性时,(无过失地)相信该外观的第三人,依该外观取得权利</p>

^⑨ 作为法律效果的发生要件,将规范性的评价纳入一般性的、抽象概念中后,就称为规范性要件。过失、重过失、正当理由等都属于此。关于规范性要件的主张、举证,一般由主张基于该要件之效果的一方就构成规范性评价之基础的事实(评价的依据事实)负担主张、举证的责任,其相对人就妨碍规范性评价的事实(评价的障碍事实)负担主张、举证的责任(参照司研 I 30 页以下)。因此,严格来讲,作为抗辩被告(X)就为过失这个评价构建基础的事实负担主张、举证责任;作为再抗辩原告(Y)就妨碍过失这个评价的事实负担主张、举证责任。在本书中,由于将重点放在描述规范构造上,对于规范性要件原则上——关于要件事实特别有必要唤起注意的情形【第 17 章 IV ① 3 的表(417 页)】除外——不区分评价依据事实和评价障碍事实,但请注意关于要件事实一般是作这样的区分的。

(续表)

物权性请求的根据规范	阻却规范
1 X 甲的原所有 ^⑩ (所有权取得原因) 2 Z 甲的现占有	I 基于表见代理丧失所有权的抗辩
	1 代理行为人 A 实施代理行为 a 代理行为人 A 实施法律行为 b 代理行为人 A→相对人 Y 显名 2 a 相对人 Y 的善意(相信代理行为人 A 拥有实施 1 之行为的权限) b 就 a 之正当理由的评价依据事实 ^⑪ 3 代理行为人 A 就 1 之行为以外的特定事项有构成 代理权发生原因的事实
	II 基于类推 94 II 丧失所有权的抗辩
	1 外观的存在(X→Y 甲的移转登记) 2 就外观的作出或者存续 X 有归责性 3 Z 善意(相信 Y 有甲的所有权)(无过失)

(摘自本书 427 页)

^⑩ 引注⑦。

^⑪ 引注⑨。

【法 律】

一 般	关于一般社团法人以及一般财团法人的法律
医 疗	医疗法
NPO	特定非营利活动促进法
会	公司法
会 更	公司更新法
家 审	家事审判法
家审规	家事审判规则
割 贩	分期付款销售法
金 取	金融商品交易法
区 分	关于建筑物区分所有等的法律(区分所有法)
刑	刑法
宪	日本国宪法
健 保	健康保险法
公益法人	关于公益社团法人以及公益财团法人认定等的法律
后见登记	关于监护登记等的法律
公 证	公证人法
国 大	国立大学法人法
户 籍	户籍法
私 学	私立学校法
社 福	社会福祉法
宗 法	宗教法人法
商	商法
商 旧	商法(2005年修改前)
消 契	消费者契约法
整備法	伴随关于一般社团法人以及一般财团法人的法律以及关于公益社团法人以及公益财团法人认定等的法律的施行而整備相关法律等的法律
宅 建	住宅用地、建筑物交易业法(宅建业法)
地 自	地方自治法
电 子	关于电子消费者契约以及电子承诺通知的民法特例法
特 商	关于特定商交易的法律(特定商交易法)
独法通则	独立行政法人通则法
独 禁	关于禁止私人独占与确保公正交易的法律(独占禁止法)
日 银	日本银行法

任 后	有关任意监护契约的法律
农 协	农业协同合伙法
破	破产法
辩 护	律师法
民	民法
民 再	民事再生法
民 执	民事执行法
民 前	民法(2006年修改前)
民 诉	民事诉讼法
民 保	民事保全法
有 组	关于有限责任事业合伙契约的法律(有限责任事业合伙契约法)
利 息	利息限制法
劳 金	劳动金库法
劳 组	工会法

* 仅仅用数字引用条文的情形,指民法的条文。

* 引用中的“→”,指准用条文。

【判例集】

xxix

金 判	金融·商事判例
金 法	金融法务事情
裁 时	裁判所时报
裁判集民	最高裁判所裁判集民事
裁判例	大审院裁判例
诉 月	诉讼月报
新 闻	法律新闻
判决全集	大审院判决全集
判 时	判例时报
判 夕	判例タイムズ
民 集	大审院民事判例集
	最高裁判所民事判例集
民 録	大审院民事判决録
劳 判	劳动判例

【体系书、教科书、参考书】

几 代	几代通《民法总则》(青林书院,第2版,1984年)
石 田	石田穰《民法总则》(悠悠社,1992年)
石田编	石田喜久夫编《现代民法讲义1》(法律文化社,1985年)
石田等编	石田喜久夫、乾昭三、甲斐道太郎、中井美雄、中川淳编《民法总则》(青



林书院,1993年)

- 内田 内田贵《民法I 总则·物权总论》(东京大学出版会,第4版,2008年)
- 梅 梅谦次郎《民法要义 卷之一》(明法堂,1896年)
- 近江 近江幸治《民法讲义I 民法总则》(成文堂,第6版,2008年)
- 大村 大村敦志《基本民法I 总则·物权总论》(有斐阁,第3版,2007年)
- 大村读解 大村敦志《民法读解总则编》(有斐阁,2009年)
- 加藤雅 加藤雅信《新民法大系I 民法总则》(有斐阁,第2版,2005年)
- 川井 川井健《民法概论I(民法总则)》(有斐阁,第4版,2008年)
- 河上 河上正二《民法总则讲义》(日本评论社,2007年)
- 川岛 川岛武宜《民法总则》(有斐阁,1965年)
- 北川 北川善太郎《民法总则(民法讲要I)》(有斐阁,第2版,2001年)
- 基本方针 民法(债权法)改正检讨委员会《债权法改正の基本方针〔别册 NBL126号〕》(商事法务,2009年)
- 佐久间 佐久间毅《民法的基础I 总则》(有斐阁,第3版,2008年)
- 潮见 潮见佳男《民法总则讲义》(有斐阁,2005年)
- 司研I 司法研修所编《增补民事诉讼における要件事实 第一卷》(法曹会,1998年)
- 司研II 司法研修所编《民事诉讼における要件事实 第二卷》(法曹会,1992年)
- 四官 四官和夫《民法总则》(弘文堂,第4版,1986年)
- 四官、能见 四官和夫、能见善久《民法总则》(弘文堂,第8版,2010年)
- 详解I 民法(债权法)改正检讨委员会《详解债权法改正の基本方针I 序论·总则》(商事法务,2009年)
- 详解II 民法(债权法)改正检讨委员会《详解债权法改正の基本方针II 契约および债权一般(1)》(商事法务,2009年)
- 详解III 民法(债权法)改正检讨委员会《详解债权法改正の基本方针III 契约および债权一般(3)》(商事法务,2009年)
- 消费者厅编 消费者厅企划课编《逐条解说消费者契约法》(有斐阁,第2版,2010年)
- 新版注民(1) 谷口知平、石田喜久夫编《新版注释民法(1)》(有斐阁,改订版,2002年)
- 新版注民(2) 林良平、前田达明编《新版注释民法(2)》(有斐阁,1991年)
- 新版注民(3) 川岛武宜、平井宜雄编《新版注释民法(3)》(有斐阁,2003年)
- 铃木 铃木禄弥《民法总则讲义》(创文社,2订版,2003年)
- 须永 须永醇《新订民法总则要论》(劲草书房,第2版,2005年)
- 争点 内田贵、大村敦志编《民法の争点》(有斐阁,2007年)
- 争点I 加藤一郎、米仓明编《民法の争点I》(有斐阁,1985年)
- 注解判例 林良平编《注解判例民法 民法总则》(青林书院,1994年)
- 注民(3) 川岛武宜编《注释民法(3)》(有斐阁,1973年)
- 注民(4) 于保不二雄编《注释民法(4)》(有斐阁,1967年)
- 注民(5) 川岛武宜编《注释民法(5)》(有斐阁,1967年)



- 辻 辻正美《民法总则》(成文堂,1999年)
- 椿 椿寿夫《民法总则》(有斐阁,第2版,2007年)
- 富井 富井政章《民法原理 第1卷上·下》(有斐阁,1903—04年)
- 野村 野村丰弘《民法1 序论·民法总则》(有斐阁,第2版补正版,2009年)
- 平野 平野裕之《民法总则》(日本评论社,第2版,2006年)
- 广中 广中俊雄《新版民法纲要 第1卷》(创文社,2006年)
- 星野 星野英一《民法概论 I (序论·总则)》(良书普及会,1971年)
- 百选 I 中田裕康、潮见佳男、道垣内弘人编《民法判例百选 I 总则·物权》(有斐阁,第6版,2009年)
- 百年 II 广中俊雄、星野英一编《民法典の百年 II》(有斐阁,1998年)
- 民法讲座 I 星野英一主编《民法讲座·第1卷》(有斐阁,1984年)
- 民法注解 I 远藤浩、水本浩、北川善太郎、伊藤滋夫编《民法注解 财产法 第1卷 民法总则》(青林书院,1989年)
- 山本 IV-1 山本敬三《民法讲义 IV-1 契约》(有斐阁,2005年)
- 吉田、筒井编 吉田彻、筒井健夫编著《改正民法の解说〔保证制度·现代语化〕》(商事法务,2005年)
- 米仓 米仓明《民法讲义总则(1)》(有斐阁,1984年)
- 我妻 我妻荣《新订民法总则》(岩波书店,1965年)



目 录

要件事实、规范构造分析的意义及本书中表格的读法

凡例

1 法律学的学习意味着什么	(1)	
I 序	(1)	
II 学习法律学是背诵六法全书吗	(1)	
1 一般人对法律的印象 (1)	2 为什么仅仅熟记六法全书成不了法律家 (1)	
III 判例和学说的作用	(3)	
1 判例的作用 (3)	2 学说的作用 (3)	
IV 结语——法律学的学习意味着什么	(5)	
2 民法的全貌	(6)	
I 序	(6)	
II 民法在法律体系中的位置	(7)	
1 公法与私法 (7)	2 作为私法基本法的民法 (8)	
III 民法的对象——财产法与家族法	(8)	
1 家族法 (9)	2 财产法 (10)	
IV 财产法的基本构造	(10)	
1 所有与契约 (10)	2 财产法的基本构造——物权与债权 (11)	
V 民法典的构成	(14)	
1 潘德克吞模式的采用 (14)	2 构成的概要 (14)	
VI 民法总则的涵义和构造	(15)	
1 何谓民法总则 (15)	2 民法总则的基本构造 (17)	3 本书的构成 (18)
VII 日本民法的历史	(18)	

II 未成年人	(65)
1 未成年人与保护人 (65)	2 未成年人所为之法律行为的效力 (66)
3 撤销之情形的效果 (68)	
III 对限制行为能力人的相对人的保护	(70)
1 相对人的催告权 (71)	2 限制行为能力人的诈术 (71)
IV 失踪	(74)
1 住所 (74)	2 不在人的财产管理 (74)
3 失踪宣告 (75)	
6 法律行为总论	(82)
I 序	(82)
II 法律行为概念的涵义	(82)
1 法律行为 (82)	2 准法律行为 (83)
III 法律行为制度的基本原理	(85)
1 私域自治和契约自由 (85)	2 私域自治、契约自由存在的问题 (88)
3 对私域自治、契约自由的介入 (90)	
IV 法律行为法的问题构造	(92)
1 法律行为的效力——基本型 (92)	2 法律行为的效力——代理 (93)
7 法律行为的成立、解释	(94)
I 序	(94)
II 总论——法律行为和意思表示	(94)
1 法律行为的成立要件 (94)	2 意思表示的涵义和构造 (95)
3 意思表示的基本原理 (96)	
III 意思表示的成立	(98)
1 表示行为是否需要 (99)	2 效果意思是否需要 (99)
3 表示意识是否需要 (99)	
IV 意思表示的生效	(101)
1 意思表示的生效时期 (101)	2 表意人死亡和丧失行为能力所产生的影响 (106)
3 基于公示的意思表示 (106)	
V 法律行为的解释	(106)
1 何谓法律行为的解释 (106)	2 契约的解释 (107)

8	心里保留和虚伪表示	(116)
	I 序	(116)
	II 心里保留	(117)
	1 何谓心里保留 (117)	2 基于心里保留之意思表示的效力 (117)
	3 意思的存在与否和心里保留——以借用名义的事件为素材 (119)	
	III 虚伪表示	(120)
	1 何谓虚伪表示 (120)	2 虚伪表示的效力 (121)
	IV 94 条 2 款的类推适用	(133)
	1 问题之所在 (133)	2 作出外观型 (135)
	3 承认外观型 (135)	
	4 外观与因型 (138)	
9	错误 I ——总论	(142)
	I 序	(142)
	II 问题之所在	(142)
	1 错误的种类 (142)	2 错误论的争点 (145)
	III 二元论——传统错误理论	(145)
	1 对错误的理解——二元论 (146)	2 表示错误 (146)
	3 动机错误 (147)	
	IV 一元论——信赖主义的错误理论	(149)
	1 对错误的理解——一元论 (149)	2 错误无效的统一要件 (151)
	V 基于合意主义的重构	(152)
	1 新二元论——错误外构成说 (152)	2 新一元论——合意主义的错误理论 (160)
10	错误 II ——各论	(164)
	I 序	(164)
	II 错误与没有合意	(164)
	1 错误与没有合意的涵义 (164)	2 两者的区别 (165)
	III 要素的错误——错误无效的成立要件	(165)
	1 何谓要素的错误 (165)	2 要素错误的具体内容 (168)
	IV 表意人的重过失——错误无效的阻却要件	(173)
	1 宗旨 (173)	2 重过失的判定基准 (174)
	3 表意人的重过失与相	

对人的恶意 (175)	4	电子消费者契约的特别规则 (175)	
V 效果			(177)
1		意思表示的效力 (177)	
2		错误人的损害赔偿义务 (179)	
VI 与其他制度的关系——与瑕疵担保制度的关系			(179)
1		何谓瑕疵担保 (179)	
2		错误与瑕疵担保的关系 (180)	
11 欺诈、胁迫			(181)
I 序			(181)
II 欺诈的成立与否			(181)
1		何谓欺诈 (181)	
2		默示欺诈 (183)	
3		欺诈与其他制度的关系 (186)	
III 胁迫的成立与否			(187)
1		何谓胁迫 (187)	
2		撤销原因——胁迫的成立要件 (187)	
IV 第三人欺诈、胁迫			(189)
1		第三人欺诈 (189)	
2		第三人胁迫 (190)	
V 基于欺诈、胁迫的撤销与第三人			(190)
1		对第三人之返还请求的法律构成 (191)	
2		保护第三人的规定——96条3款的意义和要件 (191)	
3		不适用保护第三人规定之情形的第三人保护 (196)	
12 法律行为的内容规制			(200)
I 序			(200)
II 法律行为的内容规制——总论			(200)
1		内容的确定性 (200)	
2		内容的实现可能性 (201)	
3		基于内容不当性的规制 (201)	
III 法令对内容的规制			(203)
1		私法法令对内容的规制 (203)	
2		公法法令对内容的规制——取缔法规 (206)	
3		补论——法律规避行为 (210)	
IV 公序良俗对内容的规制			(211)
1		作为一般条款的公序良俗 (211)	
2		有关公序良俗的研究状况 (211)	
3		公序良俗论的重构 (213)	
4		违反公序良俗的基准时 (220)	

13	消费者契约法	(222)
	I 序	(222)
	II 何谓消费者契约法	(222)
	1 意义 (222) 2 适用范围 (223)	
	III 对缔结过程的规范	(226)
	1 当事人的努力义务 (226) 2 基于不当劝诱的撤销 (227) 3 契约内容的确定 (237)	
	IV 不当条款的规制	(239)
	1 个别条款规制 (239) 2 一般条款 (246) 3 不当条款规制的构造与射程 (248)	
	V 消费者契约法与其他法律的关系	(249)
	VI 消费者团体诉讼制度	(250)
	1 意义 (250) 2 停止请求 (251)	
14	无效与撤销、条件与期限	(253)
	I 序	(253)
	II 无效与撤销——总论	(253)
	1 何谓无效 (253) 2 何谓撤销 (254) 3 无效与撤销的双重效果 (256)	
	III 无效各论	(256)
	1 无效的主张者 (256) 2 无效的范围 (256) 3 无效行为的转换 (260) 4 无效行为的追认 (261)	
	IV 撤销各论	(261)
	1 撤销权的行使 (261) 2 可撤销行为的有效确定 (262)	
	V 法律行为的生效——条件和期限	(266)
	1 条件和期限——总论 (266) 2 条件各论 (269) 3 期限各论——期限利益 (272)	
	VI 补论——期间	(273)
	1 民法规定的射程 (273) 2 期间的计算方法 (274)	
15	代理总论、基本要件	(275)
	I 序	(275)
	II 代理总论	(275)

1	何谓代理	(275)	2	代理的基本构造以及与代理类似的制度	(277)
3	代理的要件构成	(280)			
III	代理行为	(281)			
1	代理行为的成立要件	(281)	2	代理行为的效力否定要件	(284)
IV	代理权	(288)			
1	代理权的发生原因	(288)	2	代理权的范围	(291)
	3	再代理	(295)	4	代理权的消灭
		(298)			
16	无权代理	(299)			
I	序	(299)			
II	无权代理行为的效果——本人与相对人的关系	(299)			
1	原则——效果不归属	(299)	2	本人和相对人可以采取的手段——契约无权代理的情形	(300)
	3	本人、相对人可以采取的手段——单方行为无权代理的情形	(302)		
III	无权代理人的责任——无权代理人与相对人的关系	(303)			
1	无权代理人责任的要件	(303)	2	无权代理人之责任的内容	(308)
IV	无权代理与继承	(309)			
1	问题之所在	(309)	2	无权代理人继承型	(310)
	3	本人继承型	(315)		
	4	双方继承型	(317)	5	无权代理人就任监护人型
		(318)			
17	表见代理 I	(321)			
I	序	(321)			
II	何谓表见代理	(321)			
1	无权代理与表见代理	(322)	2	表见代理制度的基本原理	(322)
3	民法关于表见代理的规定	(322)			
III	基于授予代理权之表示的表见代理	(323)			
1	涵义	(323)	2	要件	(323)
	3	空白委托书的滥用	(327)		
IV	逾越代理权的表见代理	(332)			
1	所谓逾越代理权的表见代理	(332)	2	要件——基本权限	(333)
3	要件——第三人的正当信赖	(336)	4	110 条之表见代理的射程——110 条之“第三人”	(339)
V	代理权消灭后的表见代理	(342)			

- 1 何谓代理权消灭后的表见代理 (342) 2 要件 (343)

18 表见代理 II	(346)
I 序	(346)
II 表见代理的射程	(346)
1 与表见传达人的关系 (346)	2 与代理权滥用的关系 (348)
3 适用于法定代理的可能性 (352)	
III 表见代理的效果	(356)
1 表见代理的效果 (356)	2 无权代理与表见代理的关系 (356)
19 法人总论、法人制度 I —— 设立、组织·运营管理、变动·再编 ...	(358)
I 序	(358)
II 总论——何谓法人	(358)
1 法人与法人格 (358)	2 法人的种类 (360)
3 法人法制的变迁 (360)	4 本书讲授的事项 (364)
III 法人的设立	(364)
1 有关法人设立的立法主义 (364)	2 一般社团法人的设立 (365)
3 一般财团法人的设立 (366)	4 补论 (367)
IV 法人的组织、管理运营	(369)
1 社员 (369)	2 组织——一般社团法人的情形 (370)
3 组织——一般财团法人的情形 (376)	4 法人的公示和信息披露 (377)
5 补论——一般社团法人的基金制度 (378)	
V 法人的变动和再编	(379)
1 法人的变动 (379)	2 法人的再编 (382)
20 法人制度 II —— 法人的外部关系	(383)
I 序	(383)
II 总论——法人权利义务归属的问题构造	(383)
1 权利义务的归属可能性——法人权利能力的范围 (383)	2 权利义务的现
实归属 (384)	
III 基于法人目的的限制	(385)
1 基于目的之限制的定位 (386)	2 目的范围的判断基准 (389)
IV 代表人所为之交易行为与法人的责任	(393)

1	代理权的范围 (394)	2	章程等对代理权的限制 (394)	3	基于法令的限制 (397)
V	法人的侵权行为				(402)
1	法人的侵权行为责任总论 (402)	2	基于代表人行为的法人侵权行为责任 (403)	3	役員等个人的侵权行为责任 (406)
21	法人以外的团体				(408)
I	序				(408)
II	总论				(408)
1	问题之所在 (408)	2	传统理论 (410)	3	类型论 (411)
III	团体的财产关系				(414)
1	问题之所在 (414)	2	合伙 (414)	3	无权利能力社团 (416)
IV	团体的外部关系				(417)
1	问题之所在 (417)	2	对外行为的效果归属——代理 (418)	3	成员的债务与团体的关系 (420)
4	团体的债务与成员的关系 (424)				
22	时效总论、时效的完成 I				(429)
I	序				(429)
1	时效的涵义 (429)	2	时效制度的构造 (430)		
II	时效制度的存在理由				(430)
1	保护非权利人·实体法说 (431)	2	保护权利人·诉讼法说 (432)		
3	多元说 (434)				
III	时效的完成——取得时效的要件				(434)
1	序——前提问题和要件的概要 (434)	2	事实状态 (439)	3	时效期间 (443)
4	事实状态的持续 (445)				
23	时效的完成 II				(447)
I	序				(447)
II	时效的完成——消灭时效的要件				(447)
1	时效期间的长度 (447)	2	时效期间的起算点 (449)	3	形成权的时效 (456)
III	时效的中断				(457)
1	何谓时效的中断 (457)	2	相对人合作情形的中断手段——承认 (460)		
3	相对人不合作情形的中断手段——请求 (461)	4	相对人不合作情形的中		

断手段——扣押、临时扣押、临时处分 (464) [5] 时效中断的效果 (466)

IV 时效的停止…………… (472)

[1] 涵义 (472) [2] 时效的停止事由 (472)

24 时效的援用、放弃…………… (475)

I 序…………… (475)

II 时效的援用…………… (475)

[1] 何谓时效的援用 (475) [2] 援用权人的范围 (478) [3] 援用的场所 (484) [4] 援用效果所及之人的范围——援用的相对效力 (484)

III 时效利益的放弃…………… (484)

[1] 何谓时效利益的放弃 (484) [2] 时效完成后的自认行为 (485)

IV 时效的效力——溯及力…………… (486)

[1] 取得时效 (487) [2] 消灭时效 (487)

V 补论——消灭时效的射程及其周边…………… (487)

[1] 消灭时效的射程——不因时效而消灭的权利 (487) [2] 与消灭时效类似的制度 (488)

25 民法的基本原则…………… (495)

I 序…………… (495)

II 法解释的方法与一般条款的作用…………… (496)

[1] 法解释的基本框架 (496) [2] 一般条款的作用和问题 (497)

III 依制定法裁判与一般条款的作用…………… (499)

[1] 一般条款对制定法的具体化 (500) [2] 一般条款对制定法不完备的补充 (500) [3] 一般条款对制定法的修正 (504)

判例索引…………… (509)

事项索引…………… (515)

译后记…………… (529)



法律学的学习意味着什么

I 序

作为入门的入门,本章简单说明法律学的学习是怎么一回事。本章的宗旨是回答初学者朴素的疑问,使同学们掌握今后要学习知识的轮廓,哪怕是一点点。

II 学习法律学是背诵六法全书吗

① 一般人对法律的印象

首先,看一看一般人对法律的印象。

事例 1

Q:我有妻室,却与经常光顾的酒吧的女招待关系密切。大约半年前,经不住该女子的百般央求,最终向她许诺说:“给你买套公寓房。”可后来与其关系日渐疏远,最近已经尽量不再和她见面了。可是,该女打电话到我的工作单位,责问我买房子的约定怎么样了。到底该怎么办呢?

A:民法* 550 条规定:“非依书面的赠与,各当事人可以撤销。”因此,如果你仅仅口头答应“给你买套公寓房”,就可以撤销该约定。在法律上,没有必要答应她的要求。

像这样,“发生纠纷的时候,看一下法律条文,那里就会有答案。所谓六法全书,是囊括这种问题答案的一大本规则书。将其全部刻入头脑中,就是所谓法律学的学习”。这恐怕就是一般人的印象吧?

② 为什么仅仅熟记六法全书成不了法律家

可是,不知道是幸还是不幸,即使将六法全书全部熟记于心,也绝不可能成为法律家。理由至少有如下两点:

* 考虑到版面的整洁和统一,对法律的援引皆遵照原书的格式,法律法规不加书名号。——编者注

1. 解释的不可避免 第一条理由,要解决实际的问题,仅仅知道法律条文是不够的,或多或少需要对其作解释。

(1) 原因 设想出所有的情形并预备好条文是根本不可能的。因此,在制定法律时,只好在一定程度上将问题抽象化,用一个条文来解决相类似的多个事件。然而,这样一来就必须判定:如此制定出来的抽象规定,是否涵盖了需要解决的事件。这正是法律的解释。

(2) 具体例子 就具体的事例来看一下。

事例 2

在地区的足球对抗赛中,守门员 X 正要扑救漏球,正好对方球队的 Y 抬腿上踢,结果 Y 的脚踢在了 X 的脸上。当时 X 戴着眼镜,眼镜破损,导致左眼重伤,虽经治疗不愈失明。结果, X 不得不辞去工作,忧郁症加重。1 年后,自杀身亡。

(A) 解释民法 709 条的必要性 与该事例有关的条文,是民法 709 条。该条规定:“因故意或过失侵害他人权利或者法律上受保护之利益者,负赔偿由此所造成损害之责任。”这里的问题首先是,足球比赛中于守门员扑球之际抬腿踢球并踢中脸部一事,是否属于“因过失侵害他人的权利或者法律上受保护之利益”?此外, X 的失明、辞职甚至自杀,是否也能算作“由此所造成损害”,也是问题。仅仅盯着条文,答案是绝对不会自动冒出来的。

(B) 解释民法 722 条 2 款的必要性 另外,这里也涉及民法 722 条 2 款。该条规定:“被害人有过失的,法院在确定损害赔偿额时可以予以斟酌。”关于这一点,问题同样很多。例如, X 戴着眼镜一事是否构成过失?患忧郁症自杀一事又如何?最终如何确定损害赔偿的数额等?很显然,在此仅仅知道条文同样解决不了具体案件。

2. 欠缺的不可避免 第二个理由是,法律中存在缺漏。

(1) 原因 究其原因,例如可以想到如下几点:

- (A) 因立法的失误导致规定缺漏的情形
- (B) 理所当然的东西,没有特意规定的情形
- (C) 尚未成熟为规定,有待将来判例、学说发展的情形
- (D) 立法当初没有预想到的事态发生的情形

(2) 具体例子 这里,举一个有关(B)的例子。

事例 3

80 岁的 X 数年前老年痴呆病症加重,如今日常生活已有障碍。可是 X 却受不时来造访的福利团体 Y 的访谈员的劝诱,在赠与契约上签了字,将自己的全部财产捐赠给 Y。其后察觉此事的 X 的子女 A,可以采取什么样的法律手段?

民法典中,不存在规定此种情形 X 所订立之契约无效的条文。可是,契约

之所以作为契约得到承认,是因为有订立契约的意思存在。于是,判例、学说一致认为,被判定为不具有这种意思的人所订立的契约无效。^①

像这样,尽管条文中没有规定但终归也算民法之一部分的规范,决不在少数。在这个意义上,仅仅知道条文也是不够的。

III 判例和学说的作用

4

如上所述,即使有法律也需要解释,没有法律规定的地方,需要作补充。判例和学说在法律的解释和补充上发挥着重要的作用。

① 判例的作用

1. 判例的重要性

(1) 在法律家集团中通用的解释的必要性 关于法律的解释持何种意见是个人的自由。可是,无论怎样强调自由,若周围的人完全不认可,也没有意义。尤其是法律,既然存在着法律家这样的专家集团,在该集团内部是否通用便绝对重要。

(2) 〈法院的解释 = 判例〉的重要性 在法律家集团中通用的解释中,占据特别位置的,是法院所作的解释,即判例。无论多优秀的意见,如果不能在法院得到认可,那在实际的案件中就不能胜诉。在这个意义上,判例的立场如何对当事人来说意义极大。既然是法律家,就必须掌握法院是如何解释的。

2. 判例的涵义 不过,虽说都用“判例”这个表述,其涵义为何却是一个问题。实际的裁判中,法官经过证据调查确定事实,以此为前提,在回应当事人主张的同时作出具体的判断。可是,并非所有的案例都是判例。所谓判例,具有规范的性质特征:如果今后同样的案件发生,将依照它来处理。从各个裁判中抽取拘束未来裁判的部分,将其用规范的形式定式而成的,才是判例。

② 学说的作用

判例是法院这种国家机关所作的解释,而学说却不过是学者这样的个人所作的解释。可是,学说对于整个法体系的形成、发展也发挥着非常重要的作用。这种学说所发挥的作用,至少可以列出以下三种:

5

1. 判例的分析和整理 首先,具有抽取、确定判例、并加以整理的作用。如上所述,从各个裁判例中抽取判例这项作业本身,是需要判断的工作。加之还

^① 大判明治38年5月11日民录11辑706页。详细内容将在第3章III(38页以下)讲述。(这里的页码指原书页码,本书边码,以下无特殊说明,皆为此种情况。——译者注)

需要说明相互关联的各种裁判例,使之不至相互矛盾。为此,也要通过区分适用情形的方法,调整乍看起来相互矛盾的裁判例,使其作为判例具备整合性。这些工作主要由学说来完成。认为没有这种学说的贡献判例根本就不能成立,也不为过。^②

2. 解释、补充的建议 当然,追随判例不是学说的作用。批判判例、作应然解释和补充的建议,也属于学说的重要作用。发现判例中没有显现的问题,提出一定的解决方案,也非得依靠学说。虽然不过是建议,但以此为基础展开讨论,有时也会在法律家集团形成一定的共识。这种共识,恰恰是法律发展的重要进程之一。

Comment

学习学说的意义

不过,实际上学说有多种多样。翻开教科书也会看到,对于多数问题,都指出存在各种各样的学说。仅仅一个问题就有这么多见解,可能会让人感到不安:到底哪一个才是“正确答案”?或者,根本就没有什么“正确答案”?这样的不安,在上大学前所接受的教育中恐怕未曾经历过。

可是细想一下,世上有唯一的、绝对正确解的东西很少。尤其是在人与人的利益相互冲突的情形,永远有正确的解反而不可思议。问题不在于在老天爷的眼中是否“正确”,而是能否使更多人信服,能否得到更多人的赞同。多数的学说都是冲着这个目标提出的。

没有必要认为需要全部记住这一个一个的学说。重要的是,在这些学说的攻防论战中,到底哪里是问题之所在,什么样的理由可以让人信服,什么样的理由不能让人信服。自己考虑该问题时,只需要从学说中学习应当注意哪一点、应当赋予什么样的理由就可以了。

不过,有一点最好能加以注意:反对判例的立场时需要考虑后果。如上文所述,一旦到了法院,法院就会遵照判例判断。因此,有必要出具为什么不能赞同判例的理由,并且使任何人都信服。判例是会变化的。正因为如此,就需要有令法院认为不得不变更判例的理由。可以说,能够做到这一点的人才是优秀的法律家。

3. 基本思想、原理的确定及其体系化 在解释法律条文或者补充缺漏时,位于法律根基的基本思想、基本原理具有非常重要的意义。所谓令多数法律家不得不服的说理,便依据了这样的基本思想、基本原理。因此,就有必要抽取、确定作为前提的、位于民法根基的基本思想、基本原理。另外,这些基本思想、基本原理相互之间关系如何,具体条文与这些基本思想、基本原理有怎样的瓜葛,也必须阐明。为此,还需要调查民法的历史、与外国法作比较。

^② 有关学说研究判例的方法及意义,详见大村敦志、道垣内弘人、森田宏树、山本敬三《民法研究ハンドブック》(有斐阁,2000年)305页以下。

通过这样的作业,将位于民法根基的基本思想、基本原理体系化,并按照该体系整理各个条文和判例,同时根据需要提出新的解决方法,是学说最重要的作用。

IV 结语——法律学的学习意味着什么

从以上的论述可以明白,所谓法律学的学习,不是记忆六法全书,也不是将判例一个不漏地烂熟于心。需要的是,学习位于各种法律根基的基本思想、原理,学习其相互关系以及各个条文、判例如何从中获得基础支撑;此外更重要的,能够动员所有这些知识来解决具体的问题。这才是学习法律学的涵义。让我们今后一起学习吧!



民法的全貌

I 序

本章概观民法的全貌。所谓民法,究竟是什么?是如何规定的?又规定了什么事项?一开始,先勾勒出整个民法的基本框架。^①

Comment

民法的图式(schema)

理解事物时,其整体的鸟瞰图非常重要。在认知科学领域,最近也陡然开始强调这一点。虽然与正文无关,但它也是本书的基本动机之一,因此简单地作一下说明。首先,请阅读下列这段文字。^②

“操作顺序非常简单。首先,将事物分为几个部分。当然,也可以作为一个整体来把握。关键看全体的总量有多大。如果因为没有设备而必须去其他地方,那就进入下一个阶段了。若非如此,那么基本上就准备就绪了。重要的是,不要一次做得太多。比起一次过量,一次过少要好。可能不能马上明白其重要性,但不这样做就容易带来麻烦。加之,失败的代价也高。最初,可能会认为这样的作业顺序比较复杂。可是,它很快就会成为生活的一部分。至少在眼下,虽然我不认为该项作业的必要性会丧失,但到底会怎样我无法预料。以上的程序结束后,还要再次将事物分为几个部分加以整理。然后,将其存放于适当的场所。因为这些将会再次被使用,或者整个循环会反复发生。总而言之,它是生活的一部分。”

说的是什么呀?大概完全看不懂吧。即使在一定程度上明白各个单词、句子的涵义,整个文章的涵义还模模糊糊弄不明白。可是,如果给你“衣物的洗涤”这样的视角,会怎么样呢?刚才还不明白的各个语句的涵义,是不是一下子完全明白了?

理解事物,有两种方法。一种是从各个部分出发,将其一一积累来理解整体的方法。这叫自下而上式的信息处理。另一种,是首先把握整体的框架,根据这个框架,来理解各个部分的方法。这称为自上而下式的信息处理。

^① 关于如何理解整个民法的基本框架,内田13页以下有出色的说明。本章的叙述,多来于此。另外,也可参照大村敦志《民法总论》(岩波书店,2001年)41页以下,道垣内弘人“民法のシステム(1)―(4)”法学教室175号36页、176号44页、177号36页、178号50页(1995年)。

^② 这是Bransford, J. D. & Johnson, M. K., Considerations of some problems of comprehension, in W. G. Chase(ed.), Visual Information processing (Academic Press, 1973) pp. 383, 483中的实验例。详细内容,参照池田谦一、村田光二《こころと社会》(东京大学出版会,1991年)37页以下,户田正直等《认知科学入门》(サイエンス社,1986年)134页以下。

刚才的例子所描述的,是自上而下式的信息处理的重要性。按这种方法,首先需要理解整体的框架。构成该前提的框架称为图式。这里出现的是应当称为洗涤图式的东西,相同的图式在法律领域也存在。正确掌握这种法的图式,对于理解各个问题具有非常重要的意义。本书强调整体的鸟瞰图的重要性,正是出于这个原因。^③

II 民法在法律体系中的位置

首先,确认一下民法在法律体系中位于什么样的位置。

① 公法与私法

1. 引言——以交通事故为着手的线索 整个法律体系,可以粗分为公法和私法。不过,仅仅抽象地谈论恐怕难以把握其轮廓。不妨用下面的例子来思考。

事例 1

X 醉酒开车,将行人 Y 撞死。

在该事例中,X 应当承担以下三种责任:

(1) 刑事责任 首先,“因酒精或者药物的影响在难以正常驾驶的状态驾驶汽车”致人死亡者,依刑法 208 条之 2 第 1 款处年以上有期徒刑。^④

(2) 行政责任 其次,按照道路交通法 65 条 1 款的规定,禁止饮酒驾驶。该法 103 条 2 款规定:违反该法律者,依规定的基准,公安委员会可以吊销驾驶执照或者停止驾驶执照的效力。

(3) 民事责任 再者,依民法 709 条,因故意或过失侵害他人权利或者法律上保护的利益者,必须赔偿由此所发生的损害。不过,在因汽车的运行侵害他人的生命或健康的情形,汽车损害保障法 3 条有特别规定。

2. 公法与私法的区别

(1) 何谓公法 其中,刑事责任和行政责任有共通之处。因为尽管刑事责任是由法院判处的,而行政责任则是由行政机关课以的,在这一点上存在差

^③ 有关法律思考中图式的重要性,参照山本敬三“民法における法的思考”田中成明编《现代理论法学入门》(法律文化社,1993年)224页,同(“同”,是指与前一文献为同一作者。在这里,即指山本敬三。在本书中,翻译尽量按照原书的引用方式——译者注)“法的思考の构造と特质——自己理解の现状与课题”《岩波讲座现代の法 15》(岩波书店,1997年)231页。

^④ 此外,依道路交通法 117 条之 2 第 1 项以及 117 条之 2 之 2 第 1 项,驾驶者违反该法 65 条 1 款饮酒驾车的情形,处有期徒刑或者罚金。这属于刑事责任。

异,但两者都是由国家的机关令 X 这个个人承担刑罚或行政上的不利益。像这样调整国家与个人关系的法,称为公法。^⑤

(2) 何谓私法 而民事责任,关注的是 X 与 Y 这种个人与个人之间的关系。像这样,调整个人与个人之间关系的法,称为私法。

3. 区别公法与私法的理由 区别公法与私法,是因为两者在问题的基本性质上不同。

(1) 公法的情形 对于公法来说,一方面的问题是确保公益,另一方面的问题是,恰当控制国家权力,使其不至于不当地侵害个人权利。

(2) 私法的情形 对于私法来说,如何调整处于个人与个人这种权且对等之关系中的人之间的利害关系,才是核心的问题。

10 ② 作为私法基本法的民法

属于私法的,除民法外,还有消费者契约法、借地借家法、产品责任法等民事特别法,另外还有属于商法、劳动法等领域的诸多法律。

其中,规定与有关私法之最基本事项的法律,便是民法。民法中规定的,有用以构成私法关系的基本框架,和用以解决那般构成之问题的基本观点。在这个意义上,民法具有私法基本法的性质。

Comment

一般法与基本法的区别

一般来说,所谓民法,在形式上是指民法典,在实质上是指私法的一般法。这里所说的一般法,其涵义是:就有关私法的问题,只要没有特别法,民法便具有正当性。可是,仅仅从一般法与特别法的关系来理解民法,恐怕不能恰当地把握民法的涵义。这是因为,民法不仅是在没有特别法之处具有正当性的法,而且还具有另外一个侧面,即构成这些特别法的基础,为特别法的内容指明方向。本书将民法称为私法的基本法,就是出于这个原因。^⑥

III 民法的对象——财产法与家族法

民法规定的对象,是财产关系和家族关系。其中,规定财产关系的部分称为财产法;规定家族关系的部分称为家族法。

^⑤ 不过,即使在刑法中,像杀人、盗窃等那样的、个人法益的保护成为问题的情形,也不是不能说是个人与个人的关系成为问题。可是在私法的情形,即便同样是与个人的关系成为问题,个人对其他的个人在什么样的情形、可以要求什么才是问题的关键。在这一点上,刑法与私法之间存在着决定性的差异。

^⑥ 详细内容,参照山本敬三“基本法としての民法”ジュリスト1126号261页(1998年)。

1 家族法

首先,从家族法看起。它又可以分为亲属法和继承法。

1. 亲属法 所谓亲属法,是规定家族身份的法。它主要由三部分构成。

事例 2

X 有妻子 A 和子女 B,却与 K 长期同居,还生了个 L。



11

(1) 婚姻法 第一,是夫妇的关系,即有关婚姻关系的部分。这里规定的主要事项有:在什么情形婚姻关系成立、婚姻关系成立后会怎样、如何才能解消婚姻关系——离婚等。

(a) 婚姻关系 就事例 2 而言,X 与 A 的关系,构成婚姻关系。

(b) 内缘 而 X 与 K 的关系,由于没有成立正式的婚姻关系,所以民法中没有规定。不过,判例将 K 作为内缘的妻子,给予一定的保护。

(2) 亲子法 第二,是有关亲子关系的部分。这里规定的是,在什么情形亲子关系成立,亲子关系成立后会怎样等事项。

(a) 婚生子 就事例 2 而言,有婚姻关系的 X 与 A 之间所生的孩子 B,与 X、A 是亲子关系。这种情形的 B,称为婚生子。

(b) 非婚生子 没有婚姻关系的 X 与 K 之间所生的孩子 L,要与其父亲 X 成立法律上的亲子关系,需要认领(民 779)。这种情形的 L,称为非婚生子。

(3) 监护法

事例 2-2

在事例 2 中,X 因脑溢血摔倒,丧失了日常生活所必要的判断能力。

第三,是有关保护限制行为能力人的部分。这里规定的是,对于没有亲权人的未成年人以及没有足够的判断能力的人,谁、按照什么样的程序成为保护人,成为保护人的人拥有什么样的权限、承担什么样的义务等事项。

12

2. 继承法 所谓继承法,是规定在人死亡的情形,其财产归属于谁的法。继承的形态分为以下两种:

(1) 法定继承

事例 2-3

在事例 2-2 中,后来 X 死亡了。

在死亡之人——在被继承之人这个意义上称为被继承人——没有就遗产的去向留下任何决定的情形,由谁继承、如何继承遗产就成了问题。民法除了规定可以成为继承人的人以及继承的比例外,还规定了依此分割遗产的方法等。

在该事例中,成为继承人的限于配偶和子女(民 887 I、890),A 继承二分之一,非婚生子的继承份额现在为婚生子的一半(民 900④但),B 继承三分之一,L 继承六分之一。

(2) 遗嘱继承

事例 2-4

在事例 2-3 中,后来 K 整理 X 的遗物时在桌子的抽屉里发现了遗书,上写道:
“将自己所有的财产都给 K。”

决定自己死后将财产给谁一事,称为遗嘱。关于遗嘱的规定包括:要被认定为遗嘱需要遵守怎样的形式,如果被认定为遗嘱会发生怎样的效力,执行遗嘱必须遵循怎样的程序等。

依这些规定,如果被认定为适法的遗嘱,原则上发生与其内容一致的效力,但是对一定的法定继承人承认其有遗留份。就该事例而言,遗产的一半将留给 A、B 和 L(民 1028②)。

② 财产法

而财产法,则是规范财产问题的法。

1. 广义的财产法 不过,规范财产问题的法,并不限于民法。可以说,除了商法,还有以独占禁止法为代表的经济法,另外国土利用计划法、建筑基准法、噪音规制法、水质污染防治法等公法,也是广义的规范财产问题的法。

2. 民法规定的财产法的涵义——经济关系的基本法 其中,民法规定的财产法确立了有关财产的归属及其移转的基本框架和规则。这恰好是规定经济关系最基本部分的法。在这个意义上可以说,这里所说的财产法是经济关系的基本法。

IV 财产法的基本构造

① 所有与契约

经济关系的根本,是所有和契约。各人各自拥有物、金钱以及自己的身体——劳动力。这就是所有。此外,以此为前提,各人交换各自的物、金钱或者劳动力。这就是契约。所谓财产法,就是以这样的经济关系的基本模式,即所有

和契约为基础而搭建起来的。

1. 所有的保障

事例 3

X 在六甲有一座别墅甲。终于获得了休假,于是来到阔别的甲,却发现不知为何 Y 从半年前就住了进去。由于 Y 粗暴使用甲,致使窗玻璃、门破损,地板、墙壁上污迹斑斑。

(1) 何谓所有权 第一,财产法将所有作为权利予以保障。就物而言,承认自由使用、收益、处分物的权利。这便是所有权。X“拥有别墅甲”,意味着享有甲的所有权。

(2) 从所有权中派生出的权利 所有权受到侵害的情形,法律承认如下的权利:

(A) 妨害排除请求权 要求妨碍所有物的使用、收益、处分的人排除妨碍的权利,例如,要求 Y 搬出去。

(B) 不当得利返还请求权 要求擅自从所有物获得利益的人返还该利益的权利。例如,要求 Y 支付使用别墅期间的、与使用费相当的利益。 14

(C) 损害赔偿请求权 要求侵害所有物的人赔偿由此造成之损害的权利,例如要求 Y 赔偿窗户、门的破损。

2. 契约的保障

事例 4

X 将自己在六甲的别墅甲出租给 Y,租期 4 周,租金为 20 万日元。Y 在那里滞留了 1 周后因公司的事务不得不返回。Y 说只住了 1 周,所以只支付 5 万日元。

第二,以上述保障各人的所有为前提,财产法将所有的交换作为契约制度予以保障。严格来讲,它具有如下两层涵义:

(1) 基于契约的正当化 其一,通过订立契约,各当事人的权利获得基础。例如,Y 通过该契约取得了使用 X 的所有物甲 4 周的权利。由此,即使其间 Y 使用甲,X 也不能要求排除妨害、返还不当得利、损害赔偿。

(2) 契约的拘束力 其二,通过订立契约,订立契约者受其拘束,被强制实现契约内容。例如,X 因该契约在 4 周内不再能要求 Y 返还甲,Y 也必须支付约定的 20 万日元,哪怕只使用了 1 周。

② 财产法的基本构造——物权与债权

欧洲大陆的民法以及继受了它的日本民法,将所有和契约进一步抽象,构成物权和债权,以其作为体系的基础。

1. 物权 首先,所有被抽象,从中抽取人支配物的权利。这便是物权。关于物权,日本民法典规定了以下几种:

15 (1) 所有权 所谓所有权,是关于物的、原则上可以做任何事的、完全的物权。其中包括对以下两个价值的支配:

(A) 对利用价值的支配 首先,如果有所有权,就可以自由地使用、收益该物。在这个意义上,所有权中包括对物的利用价值的支配。

(B) 对交换价值的支配 其次,如果有所有权,就可以自由地处分该物,与金钱进行交换。在这个意义上,所有权中包括对物的交换价值的支配。

(2) 限制物权

(A) 涵义 将所有权本身留在身边,仅仅把该物中所包含的利用价值或交换价值中的一项剥离,将该部分转让给他人也是可能的。像这样,被转让的权利——在所有权的一部分权能受到限制的物权这个意义上——称为限制物权。

(B) 种类 根据这般转让的价值的不同,限制物权可以分为以下两类:

(a) 用益物权 第一,是仅仅支配物的利用价值的权利,即利用物的物权。日本民法中规定的这种用益物权有地上权、永佃权、地役权和入会权。

(b) 担保物权 第二,是仅仅支配物的交换价值的权利。日本民法中规定的这种担保物权有先取特权、质权和抵押权(此外,作为利用了对物之占有的担保物权,还规定有留置权)。

事例 5

X 想购买价值 5000 万日元的公寓房甲,可自有资金只有 2000 万日元。于是, X 决定将甲抵押,从银行 Y 处借 3000 万日元。可是后来,在 X 偿还了 1000 万日元后,因所在公司倒产而失业,无法作进一步的偿还。

在借钱给他人时,始终存在对方不能偿还的危险。为了防患这种危险而事先确保债权回收的手段,称为担保。这里,在甲上设定的抵押权便属于此。依抵押权的规定, Y 在 X 无法偿还所借贷的金钱时,可以拍卖甲,从价金中回收未清偿的 2000 万日元。像这样,担保物权中所涉物之价值,是出售后能得多少这个意义上的价值,即交换价值。

16 (3) 占有权 与以上的物权不同,作为算不上支配物之价值的物权,民法另外还规定有占有权。

事例 3-2

在事例 3 中, Y 住在别墅期间,暴力团打扮的 A 闯进来,要用武力把 Y 赶出去。

既然该事例中的 Y 没有别墅的所有权,那么好像可以认为,被撵出去也没有办法。可是,如果允许行使这样的武力,法治国家的原则便名存实亡。为了维持社会秩序,就需要将 Y 现在住在甲的状态、即现实管领物这样的事实状态,作

为一种价值予以保护。日本民法典把这种事实状态、即占有作为权利予以保障。这便是占有权。

2. 债权 其次,将契约抽象,从中抽取某人要求特定的他人为一定行为之权利。这便是债权。而且作这样的抽象后,基于契约以外的原因也可以发生同样的权利。

(1) 契约 首先,从契约的情形看起。

事例 4-2

在事例 4 中,下列情形将如何?

- ① 虽然与 Y 订立了以 20 万日元出租甲 4 周的契约,但 X 却不想把钥匙交给 Y。
- ② Y 在别墅住了 4 周,却找碴不支付 20 万日元的租金。

(A) 承租人的债权(①)该情形的 Y 有权根据与 X 订立的契约要求 X 让其住 4 周别墅。Y 这个人有权要求 X 这个人让其住 4 周别墅,在这个意义上它正是债权。

(B) 出租人的权利(②)该情形的 X 有权根据其与 Y 订立的契约,作为让 Y 使用 4 周别墅的交换,要求 Y 支付 20 万日元。这也正是债权。

(2) 法定债权关系 此外,即使当事人之间没有契约,有时会基于法律发生债权。无因管理、不当得利和侵权行为便属于此。

(A) 不当得利 其中关于不当得利,如事例 3 中所述。Y 擅自使用 X 的别墅的情形,不当地获得了别墅的利用利益。因此,X 对 Y 拥有其要求支付与其间使用费相当之利益的权利,即债权。 17

(B) 侵权行为 至于侵权行为,如事例 3-2 中所述。Y 给 X 别墅造成了损害的情形,X 对 Y 拥有要求其赔偿损害的权利,即债权。

(3) 无因管理

事例 6

Y 一家到海外旅行。没人在家期间,Y 家的窗户被疾风刮破。Y 的隔壁碰巧住着经营土木工程店的 X。X 心想,这样置之不管的话,台风来了房间就会进水,于是修理了窗户。

- ① X 能否要求旅行归来的 Y 支付修理所花费的 5 万日元?
- ② X 修理窗户的次日,因为台风窗户又破了。此情形将如何?

在①中,因 X 的修理 Y 获得了窗户被修好的利益。在这个意义上,也可以理解为不当得利。不过,在②的情形,由于最终 Y 没有得利,因此无法想象 X 要求 Y 返还利益。可是即使在这种情形,X 出于善意,为了 Y 的利益花费一定的费用修理了窗户这一事实仍然存在。为此,民法即使在这种情形,也承认要求偿还所花费费用的权利,即债权。这称为无因管理。

V 民法典的构成

① 潘德克吞模式的采用

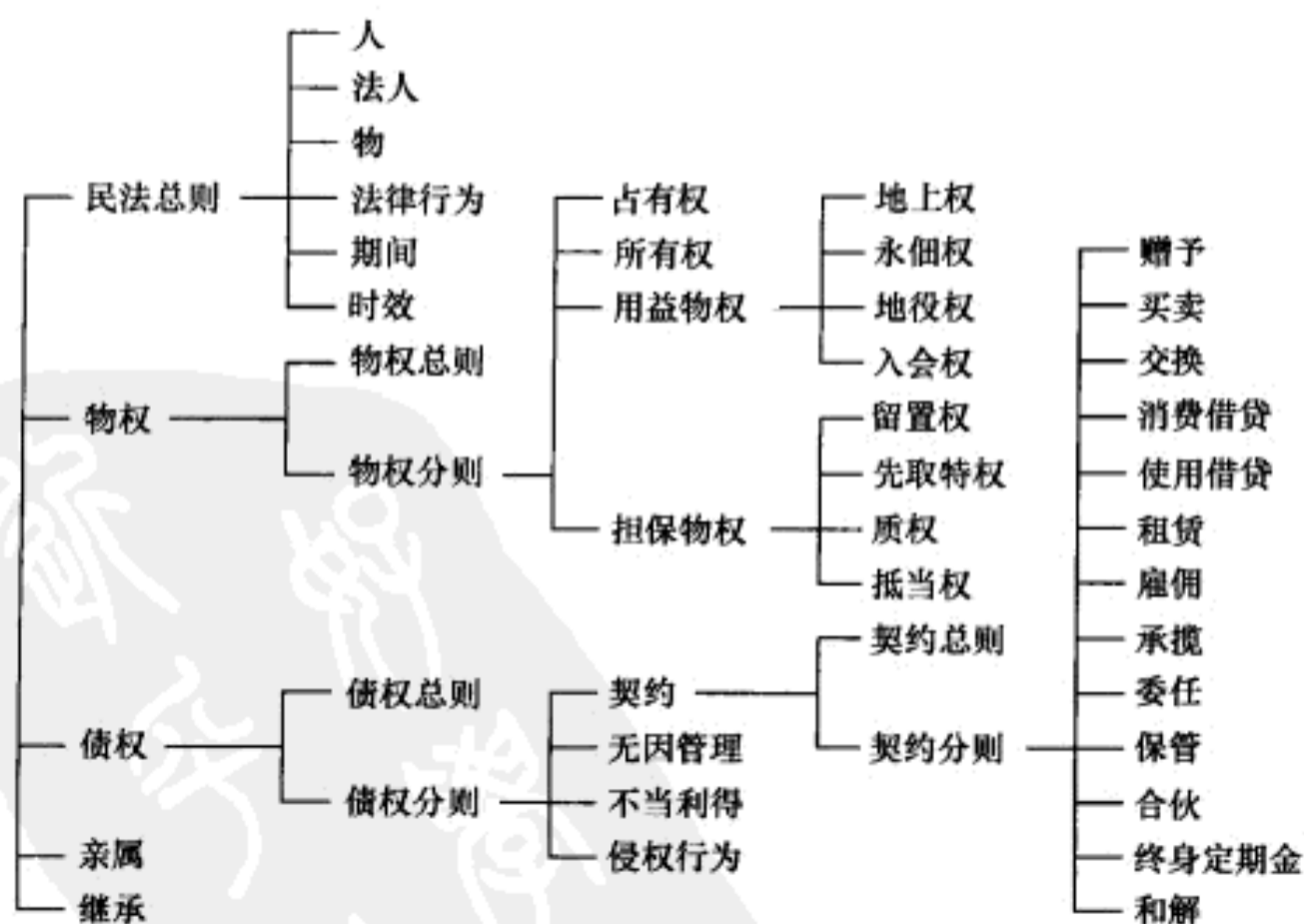
日本民法典以上述的框架为前提,又进一步采用了非常彻底的体系化的手法。这种手法,称为潘德克吞(Pandekten)模式。

1. 潘德克吞模式的由来 所谓潘德克吞,是指罗马法大全中被称为学说编纂的部分。后来从中世纪到近代的过程中被德国继受,19世纪的德国法学以其为蓝本构筑了宏大的体系。1900年施行的德国民法典,可以说是潘德克吞法学的集大成。日本民法典的体系,是参考它做成的。

2. 潘德克吞模式的思路 潘德克吞模式的特色在于,把个别事项所共通的部分拿出来放到前头这样一种抽象化的手法。在这种模式中,将分则中共通的部分作为总则抽取,将此做到了极致。例如,契约的情形,如果赠与、买卖、租赁、承揽等有共通的事项,就把它抽出来放到前头。这便是契约总则。再进一步,将同样是债权制度的契约、无因管理、不当得利、侵权行为并列,将共通的部分抽取作为债权总则。相同的作业,在物权编、亲属编和继承编也进行。最后,抽取所有这些共通的部分放在民法典的开头。这便是民法总则。

② 构成的概要

按照上述的模式,整个民法典大致上如下构成:



如上图所示,民法典的体系本身非常好地保持了一贯性。不过,将个别的东西不断抽象,把共通的部分逐级推向总则,会导致这样的结果:例如即便同属于买卖的问题,规定却不限于“买卖”一节。因为契约总则、债权总则以及民法总则中也有。因此,对于不懂民法的外行来说,就会发生这样的事态:不知道到底看哪一部分才好。

不过,尽管有这样的弊端,现在的民法典以这样的体系为蓝本而建立却是一个雷打不动的事实。既然想成为一名法律家,就需要好好理解民法典所采用的体系,做到能够当即可以判断出某一问题在该体系中所处的位置。希望今后能掌握这一点。

VI 民法总则的涵义和构造

本书的对象是其中的民法总则。以下,看一看民法总则的涵义和构造。民法总则在整个民法中占据什么样的地位呢?此外,民法总则如何规定、规定了什么样的事项呢?掌握了这样的整个民法总则的鸟瞰图,理解下一章以下的具体问题就肯定会容易许多。

1 何谓民法总则

1. 作为整个民法的总则的民法总则 所谓民法总则,是整个民法的总则。这不是规定民法基本原则的部分。按照潘德克吞模式,将整个民法共通的事项抽出来规定的,才是民法总则。

2. 民法总则的形成——以胁迫为例 不过,尽管知道是抽出整个民法共通的事项加以规定,但恐怕还是想象不出个具体的样子来。这里以胁迫为例,试着模拟一下民法总则的制定过程。

事例 7

- ① X 长期居住在位于都市中心的住宅甲。一日,不动产商 Y 来访,希望 X 把甲卖给他,遭到 X 的拒绝。于是 Y 带了几个暴力团模样的人来威胁 X,感到害怕的 X 没办法,决定把甲卖给 Y。
- ② X 经营一家铁器加工厂。一日, Y 来访,希望 X 高薪雇用自己,遭到 X 的拒绝。于是 Y 以 X 侵吞公司钱财的事情相威胁 X,感到害怕的 X 没办法,决定雇用 Y。
- ③ X 曾经借给 Y 100 万日元。可是,一日 Y 来访,说还不了 100 万日元,希望 X 能免除这笔债务,遭到了 X 的拒绝。于是 Y 挥刀威胁 X,感到害怕的 X 没办法,决定免除 Y 的债务。
- ④ 给 X 的弟弟 A 借贷了一大笔钱的 Y 来到 X 处,正好 X 和 A 的父亲死亡,发生了继承的问题。Y 希望 X 放弃继承,遭到 X 的拒绝。于是 Y 以 X 的绯闻相威胁,感到害怕的 X 没办法,决定办理放弃继承的手续。

(1) 整个民法共通事项的抽取 首先作为前提,需要抽取整个民法共通的、成为问题的事项。

(A) 基于胁迫缔结买卖合同 在①中,受 Y 的威胁, X 被迫订立了不动产买卖合同。

(B) 基于胁迫缔结雇佣契约 在②中,受 Y 的威胁, X 被迫订立了雇佣契约。在受胁迫被迫订立契约这一点上,与①相同。在这个意义上,对于所有的契约来说,胁迫成为问题。

(C) 基于胁迫而免除债务 在③中,受 Y 的威胁, X 被迫免除了 Y 的债务。债务的免除不是契约,是免除债务这种 X 单方的宣言行为。由于这对于所有债务来说都是问题,因此规定在债权总则中。

(D) 基于胁迫而放弃继承 在④中,受 Y 的威胁, X 被迫放弃了继承。继承的放弃也是继承人 X 单方的宣言行为。它规定在民法的继承法中。

(2) 整个民法共通事项的规定方法 像这样,胁迫不仅在契约中会成为问题,而且还会在所有的债权,甚至家族法中成为问题。在这个意义上,可以说胁迫是整个民法中共通的、可以成为问题的事项。因此有必要在民法总则中规定胁迫。这样一来,接下来的问题便是,如何在民法总则中规定。

(A) 保护受胁迫人的方法 为了保护各个事例中受到胁迫的 X,可以想到如下的方法。

(a) 契约的情形 在①和②中,如果令契约有效,那么 X 就必须将甲卖给 Y,必须高薪雇佣 Y。因此,要保护 X,只有否定这种契约的效力。

(b) 单方的宣言行为 在③和④中,如果令免除债务、放弃继承这种 X 单方的宣言行为有效,那么就不能受偿借贷的金钱、不能继承。因此,要保护 X,只有否定这种单方的宣言行为的效力。

(B) 通过抽取共通要素形成一般概念 如果仅仅就各个问题罗列这些保护方法的话,只要在民法分则中规定就足够了。要规定在民法总则里,必须采用具备可以涵盖所有这些的一般性的规定方法。为此,需要抽取这些问题中共通的性质,从中制造一般性的概念。

(a) 意思表示概念的形成 这里成为问题的契约,以及债务免除、继承放弃等单方的宣言行为所共通的,是当事人表示了自己的意思。着眼于这种意思的表示,便形成了“意思表示”这个概念。

(b) 构成——基于胁迫之意思表示的撤销 为了保护受胁迫之人,只要事后否定因胁迫所作的意思表示的效力即可。像这样,如果将事后否定意思表示的效力理解为“撤销”这种概念,便可以将其规定为“因胁迫的意思表示可以撤销”。这样设计完成的便是 96 条 1 款。

3. 民法总则的特征 从该例可以看出,民法总则具有以下特征:

(1) 抽象性 由于民法总则从问题中仅仅抽取共通的事项,设置一般规

定,因此其内容是抽象的。这种抽象性具有以下长处和短处:

(A) 长处——立法经济 由于将规定的内容抽象化可以广泛涵盖同种事例,因此就没有必要分别就个别问题重复相同的规定。其结果,有可能用必要的、最少限度的规定解决问题,防止不小心的规定缺漏。

(B) 短处——具体轮廓难以浮现 由于规定是抽象制定的,因此仅仅看规定,往往难以理解它具体适用于什么场合。

22

(2) 体系性 民法总则通过共通事项的抽取和对它的综合,反复完成一般概念的形成,其结果,就具备了经过透彻的逻辑思考的、保持首尾一贯的体系。如果能理解这个体系,民法总则的全貌一下子就容易理解了。

② 民法总则的基本构造

以下,确认一下整个民法总则的基本构造。

1. 权利的体系

(1) 民法 首先作为前提,整个民法作为权利的体系构想如下:

(A) 财产法 财产法由物权法和债权法构成。物权法是规定人支配物的权利的法。债权法是规定人要求他人为一定行为的权利的法。两者都是就权利作出规定的法,这一点是相同的。

(B) 家族法 家族法由亲属法和继承法构成。亲属法,是规定家族中具有某种身份的人拥有什么样的权利的法。继承法,是规定在人死亡的情形谁拥有继承其财产的权利的法。两者都是就权利作出规定的法,这一点是相同的。

(2) 民法总则 从上文可以看出,正是权利,才是整个民法共通的、最基本的事项。从整个民法中抽取这个共通的部分,规定权利的一般事项的,正是民法总则。

2. 权利图式 民法总则规定权利的一般事项时,作为构成整体的框架,采用了权利图式。

(1) 权利图式的构成要素 权利图式由以下的构成要素构成。

(A) 权利主体……谁拥有、并可以行使权利?

(B) 权利内容……有了权利,可以干什么?

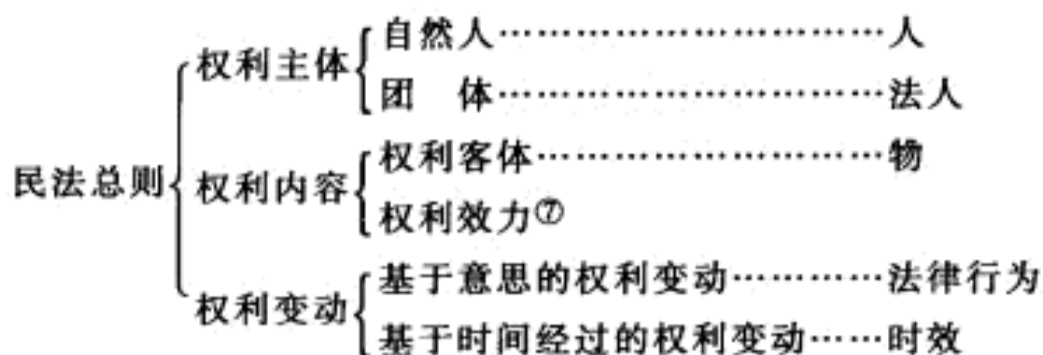
(a) 权利客体……有了权利,可以干什么、如何干?

(b) 权利的效力……有了权利,可以干什么、如何干?

(C) 权利变动……权利因为什么原因发生、变更、消灭,又如何发生、变更、消灭?

(2) 民法总则所采用的权利图式 按照这种权利图式,民法总则规定了如下下的制度。

23



Comment

何谓权利图式

权利图式这种见解,依据了本章开头所论述的图式理论。在开头所列举的事例中,洗涤图式成了问题。按照该事例的论述,关于洗涤,“何时”、“在何处”、“由谁”、“以什么为对象”、“如何”一定成为问题。当然,实际上“何时”、“在何处”、“由谁”、“以什么为对象”、“如何”洗涤,有多种多样的版本。可是,无论是哪种模式,只要是洗涤,其中一定存在“何时”、“在何处”、“由谁”、“以什么为对象”、“如何”这样的要素。就是说,这些要素,构成了洗涤图式。如果与之相同地来尝试着考虑权利,得到的便是权利图式。一般的教科书没有这么写,但如果使用了这个概念,那民法总则的能见度就会好很多。

③ 本书的构成

从下一章开始,将依次讲述上面所列民法总则的诸项制度。不过,本书的说明将对民法总则的顺序稍作变动。具体地,首先在讲述完人后,跳过法人,先进入法律行为部分。法人在其后介绍,最后讲述时效。本书采用这样的构成,有以下三个理由:

24 第一,人的问题与法律行为的问题密切相关,连续讲述这两者容易理解。

第二,法律行为的问题,是民法总则的核心问题,我想最好尽可能早地讲述。虽然法律行为很难,但却是非常有意思的问题。我以为提前讲述可以增加对民法总则、进而增加对民法的兴趣。

第三,没有法律行为中有关代理的知识,法人问题难以理解。与其从法人开始讲述,其中适当地说明有关代理的问题,不如在彻底讲述完代理后再介绍法人。这样既可以防止篇幅的浪费,而且更重要的是容易理解。

VII 日本民法的历史

最后,非常简单地介绍一下日本民法的历史。了解了这段历史,围绕各个问

^① 在权利图式中,惟有权利的效力难以一般化。因为即使试图就“可以干什么”这一点抽出共通的东西,它也几乎没有任何意义,不过是理所当然的东西。为此,在民法总则中,对于权利的效力没有作规定。它规定在分则中。

题的争论也应该容易理解吧^⑧。

① 民法典的成立史

现行民法典,施行于1898(明31)年。其诞生的经过如下:

1. 从明治维新到旧民法为止 民法典的制定作业,始于明治维新后不久。其背景是条约的修改问题。这是因为,修改条约的前提,是在日本也要制定与欧美相当的交易规则,推行正规、严格的裁判。为此,当初也曾考虑翻译法国民法典,以此作为草案。可是后来,邀请了时任巴黎大学教授的Gustave Boissonade,委托他来起草民法典草案(不过仅限于财产法部分)。Boissonade以法国民法典为蓝本,开展起草工作。完成的民法典于1890(明23)年公布,史称旧民法。

2. 从旧民法到明治民法为止

(1) 法典论战 旧民法预定于1893(明26)年施行,但反对的呼声强烈,结果在坚决(施行)派和延期(施行)派之间引发一场大规模的论战。史称法典论战。其背景是,以法国法学派与英国法学派的对立、自然法学派与历史法学派的对立为首的,各种思想的、政治的以及派系的对立交织在一起。不管怎么说,延期派取得了这场论战的胜利,旧民法最终一直没有得到施行就寿终正寝了。^⑨

Comment

法典论战的思想背景

其中,法国法学派和英国法学派的对立,与自然法学派和历史法学派的对立有着密切的关系。

首先,法国法学派所依据的是自然法思想。这种思想认为,法这种东西超越时间和空间,无论在哪个国家、哪个时代,都可以编纂建立在同一个根本原理上的法典。法国民法典正好体现了这种自然法,我国也可以依据它来编纂法典。所以,应当坚决实施民法典。

而英国法学派,依据历史法思想分庭抗礼。按照这种思想,法这种东西因各个国家、各个时代的不同而不同,需要重视当时当地的习惯。日本自古以来重视“家”制度,而国家也是以天皇为家长的“家”。支撑前者的是孝,支撑后者的是忠。然而,要实施的民法典,建立在神的面前人人平等这种基督教的个人主义之上。它与忠孝的思想无法相容。“民法出忠孝亡”(穗积八束),正是该学派的口号。

(2) 明治民法的制定 于是,1893(明26)年重新设置法典调查会,任命穗积陈重、富井政章、梅谦次郎为起草委员。起草作业一方面以旧民法为基础,另

^⑧ 详细内容,参照星野英一“日本民法典(1)”法学教室4号21页(1981年),同“日本民法学史(1)一(4)”法学教室8号37页、9号14页、10号15页、11号16页(1981年),加藤雅信“日本民法百年史”加藤雅信主编《民法学说百年史》(三省堂,1999年)1页,大村·前注①15页以下。

^⑨ Boissonade登场后的那段时间的状况,参照大久保泰甫《日本近代法の父 Boissonade》(岩波书店,1977年)。

一方面将体例改为潘德克吞模式,开始朝着积极吸收德国法的成果的方向迈进。如此起草的结果,于1896(明29)年首先公布了总则、物权、债权编,接着在1898(明31)年公布了亲属和继承编,两者都于1898(明31)年7月16日付诸施行。

② 民法学史

1. 民法学的建设与学说继受 像这样,在民法典制定后,学者展开了阐明其内容、将其体系化的作业。线索是德国法。这种倾向,尤其在从明治时代末期到大正时代的过渡阶段,被推向了极致。在这个时期,较之于民法的条文、起草者的见解,人们更热衷于调查某个问题在德国法中如何,就好像日本民法典也与德国法有相同的规定似地作重新解释。这种法学的压倒性影响,称为学说继受。^⑩

2. 其后的展开 进入昭和时期后,人们强有力地批判当时德国法学一边倒之立场。不过,重视德国法学的倾向,基本上一直持续到战后不久。

可是,进入20世纪60年代后,日本民法受到法国法的强烈影响,是通过旧民法的修正而产生的这一事实,得到再一次确认,人们清醒地意识到用德国法来解释法国法的规定、制度存在问题。^⑪ 结果,现在普遍的方向是,在慎重洞察民法的各项制度是来源于哪个国家的基础上,在与其他国家比较的同时,作适合日本社会的解释。

③ 民事立法的展开

1. 民事特别法对民法的补充、修正 民法典在制定后,除了战后家族法的大规模修正外,一直到不久前也没有过大的修正。当然,其间社会发生很大的变化,出现民法典未必预想到的种种问题。尽管如此,民法典也没有经过大的修正。这是因为,除了判例法在可能范围内作出了应对外,另外还制定了许多补充、修正民法典的民事特别法。^⑫

2. 民事立法的现状 从30页以下的表格中可以看出,进入90年代后,民事立法变得非常活跃。可以说,这是社会、经济形势的变化急剧加速,通过立法来应对已不可避免的一个表征。而且,逼迫改变以往的基本见解的立法不断出现,这是一个明显的特征。例如,民法典本身也通过创设成年监护制度、修改担保法,无论在形式上还是在内容上都接受了大规模的修正。说消费者契约法的

^⑩ 关于这个过程和意义,参照北川善太郎《日本法学の历史と理论》(日本评论社,1968年,初出1966—68年)。

^⑪ 成为开端的,是星野英一“日本民法典に与えたフランス民法の影響”同《民法论集·第1卷》(有斐阁,1970年,初出1965年)69页。

^⑫ 包括特别法在内的民法修正史,参照加藤主编·前注^⑩《民法学说百年史》768页以下。

制定在实质上就是民法本身的修正,并不为过。此外,借地借家法的制定及其后来的修正,也有修正以往借地借家法制之性质特征的侧面。特定债权法、动产·债权转让特例法的制定外,担保法的修改、保证法的修改等,显示民法也不可能与经济体制的改革无关。民事法制现在正处于激荡的变革时期。学习民法时,希望也能将这一点牢记在心中。^⑬

3. 民法的白话文化

(1) 宗旨 民法典的第1编(总则)至第3编(债权)自1896(明29)年制定以来,一直维持着片假名、文言文的记述形式,保留了大量的现在几乎不用的用语。从“法律应当易于一般国民理解”的观点看,是个大问题。尤其是民法是关乎人们的日常生活、经济活动的所有领域之私法的基本法,更需要易于理解。为此,2004年从这种观点对整个民法典作了修改,采用了白话文。^⑭

(2) 基本方针 目的不是对现行法内容作实质性的变更,仅仅是谋求条文的白话文化。其基本方针如下:

(A) 平假名、口语化 第一,将民法第1编至第3编的片假名文言文的记述改为平假名、口语体。

(B) 用语的白话文化 第二,将现代一般不用的用语置换为平易的用语。^⑮

(C) 采用已经确立的解释 第三,将已经确立的判例、通说的解释中尚未被条文的表述明示的解释纳入规定。主要内容如下:

108条	明示:在有本人预先许诺的情形,就同一法律行为可以成为相对人的代理人(自己契约)和但是人双方的代理人(双方代理)。
109条	明示:表示已将代理权授予他人者,不仅在就该他人无代理权第三人为恶意时,而且在因过失而不知道时,均不承担表见代理的责任。
151条	明示:对于向法院作出的调解申请,同和解的申请一样,在相对人不出庭或者调解不成的情形,如果在1个月内提起诉讼则时效中断。
153条	明示:催告后6个月以内申请支付督促令,向法院申请调解的情形,同作裁判上之请求等一样,也发生时效中断的效力。
162条	明示:占有人为善意无过失的情形成立的10年短期取得时效,不仅适用于不动产,也适用于动产。
192条	明示:对动产善意取得的承认,限于因交易行为开始占有的情形。

28

^⑬ 参照星野英一《民法のすすめ》(岩波书店,1998年)211页以下。

^⑭ 加上有关保证契约的实质性修改,制定了“部分修改民法的法律”。关于修改的经过、宗旨及其意义,除吉田、筒井编81页以下外,还可参照中田裕康“民法の现代语化”ジュリスト1283号86页(2005年)等。

^⑮ 例如,“疆界”改为“境界”(民209)，“围绕地”改为“包围该土地的其他土地”(民210)，“沟渠”改为“沟、渠”(民219)，“仆婢”改为“家事使用人”(民310)，“薪炭油”改为“燃料及电力”(民310)。

(续表)

478 条	明示:对债权准占有人的清偿,限于清偿人善意且无过失的情形有效。
513 条	由于发行汇票以替代债务之履行被解释为代物清偿,因此删除了将其作为更改的第 2 款后段的规定。
660 条	明示:不仅在主张权利的第三人扣押寄存物之时,即使作临时扣押或临时处分时,保管人都应当毫不迟延地将其通知给寄存人。
709 条	明示:不止是因故意或过失侵害他人的权利者,因故意或过失侵害他人法律上受保护之利益者,也要负担基于侵权行为的损害赔偿赔偿责任。
720 条	明示:针对他人的侵权行为,不得已实施加害行为的情形,成立正当防卫从而不承担损害赔偿责任的,不仅是为了防卫自己或者第三人的权利的情形,还包括在为了防卫其在法律上受保护的利益的情形。

(D) 对已丧失实效性的规定、表述的删除 第四,对现在已经失去存在意义(丧失了实效性)的规定、表述作了删除、整理。

(a) 旧 35 条 删除了以营利为目的之社团可以遵从商事公司的设立条件成为法人的规定,以及就此情形之社团法人准用商事公司之相关规定的规定。因为考虑到这与当时的商法旧 52 条^⑥重叠,不再必要。

(b) 旧 97 条之 2(现 98 条)2 款 作为相对人或者其所在不明之情形用公示作意思表示的方法,从规定在法院的布告栏张贴且至少在官报以及报纸上将张贴之事刊登 1 次以上的规定中,将在报纸的刊载从公告方法中剔除。理由是,依战时民事特别法 3 条、战时民事特别法废止法律附则 2 款,长期以来只在官报刊载,并未因此产生什么问题,再者最近的立法也未要求在报纸刊载(民再 10 I、会更 10 I、破 10 I)。

(c) 旧 311 条 4 项、320 条 删除了有关因地方公务员职务上的过失所生之债权在地方公务员保证金上有先取特权的的规定。理由是,因战后国家赔偿法的制定,人们认为,国家、公共团体等开始负担赔偿责任,公务员个人不直接承担责任,其结果被害人就保证金行使先取特权的事态实际上已不会发生。

(E) 条文的标记、形式的完善 第五,对整个法典,按照最近的法制工作对条文的标记、行使作了完善。

(F) 第 4 编、第 5 编的标记、形式的完善 第六,对于已经平假名化、口语化的第 4 编(亲属)、第 5 编(继承),与第 1 编至第 3 编一道,添加了题标、款项号码,以图标记的统一。

^⑥ 在现行的公司法 2 条 1 项,“公司”是指“股份有限公司、合名公司、合资公司或者合同公司”,未像商法旧 52 条 2 款那样规定“以营利为目的的社团”。可是,这是基于如下的观点:公司法上,公司明确承认公司的股东、社员拥有利益分配请求权、剩余财产分配请求权,没有必要使用——公司向社员分配通过对外活动所获取的利益这个意义上的——“以营利为目的”这样的用语【参照相泽哲编著《一问一答·会社法》(商事法务,改订版,2009 年)23 页】。

4. 民法的现代化 如上之2004年的修改,目的仅限于条文的白话文化。然而,民法典从制定时起已经经过了110年,对于其内容也根据现代的状况最修正——民法的现代化——已成为燃眉的课题。

(1) 背景 其背后尤其存在如下的情况:

(A) 内外情势的变化 首先,构成前提的社会、经济状况发生了很大的变化,大大超越了民法典制定当时的预想。此外,随着市场的全球化进展,特别是在交易法领域追求国际协调的动向日趋活跃,这也成为不能无视的状况。

(B) 民法典透明性的低下 此外,民法典中未写入的规范透过判例、学说的发展已经有了庞大的积累,仅仅翻看法典已经不能掌握当下具有妥当性的民法内容。

(2) 修改民法的动向 基于这样的背景,现在以债权法为核心,为民法的根本修改所作的作业正在推进。2009年,以民法学者为中心的民法(债权法)改正检讨委员会发表了“债权法改正的基本方针”。^⑩此外,还有几个研究小组也发表了修改试案。^⑪在把握这种动向的基础上,2009年11月在法制审议会设置了民法(债权关系)分会,正在以修改为目标推进审议。^⑫

(3) 其意义及展望 民法是规定社会、经济框架的基本法,其修改具有可与宪法修改匹敌的意味。仅仅这一点,就需要实际修改民法时,充分地把握过去的积累,准确地分析现状,看准未来应有的方向,广泛积累研究成果。

主要的民法修正史和民事特别法制定史

1877(明10)年	利息限制法
1896(明29)年	民法总则·物权·债权编
1898(明31)年	民法亲属·继承编、户籍法
1899(明32)年	提存法、不动产登记法、遗失物法、失火责任法
1909(明42)年	建筑物保护法、立木法
1921(大10)年	借地法、借家法

^⑩ 民法(债权法)改正检讨委员会编《债权法改正の基本方针〔别册NBL126号〕》(商事法务,2009年),同编《详解债权法改正の基本方针I-V》(商事法务,2009~10年)。对概要的总结,除同编《シンポジウム「债权法改正の基本方针」〔别册NBL127号〕》(商事法务,2009年)外,还可参照内田贵《债权法の新时代——「债权法改正の基本方针」の概要》(商事法务,2009年)。

^⑪ 参照民法改正研究会(代表·加藤雅信)编《民法改正国民·法曹·学界有志案——假案の提示〔法律时报増刊〕》(日本评论社,2009年),椿寿夫、新美育文、平野裕之、河野玄逸编《民法改正を考える〔法律时报増刊〕》(日本评论社,2008年),圆谷峻编著《社会の変容と民法典》(成文堂,2010年),金山直树编《消灭时效法の現状と改正提言〔别册NBL122号〕》(商事法务,2008年)等。

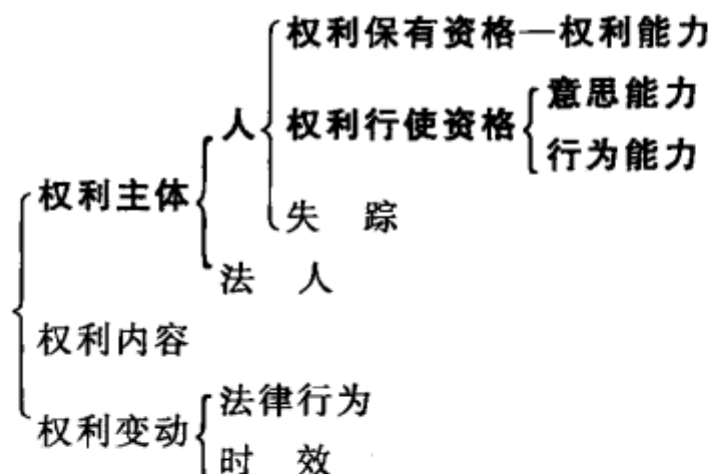
^⑫ 关于法制审议会的审议,除http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html外,作为审议资料的总结材料,还可参照民事法研究会編集部编《民法(债权关系)の改正に関する检讨事项》(民事法研究会,2011年)。2011年4月,在把握之前审议的基础上,分会通过了“有关民法(债权关系)修改的中间性的论点整理”。

(续表)

1922(大 11)年	信托法
1933(昭 8)年	身元保证法
1946(昭 21)年	罹灾都市借地借家临时处理法
1947(昭 22)年	总则(私权的基本原则)的修改、亲属·继承编的修改、户籍法(修改)
1954(昭 29)年	利息限制法(修改)
1955(昭 30)年	汽车损害赔偿保障法
1961(昭 36)年	分期付款销售法
1962(昭 37)年	同时死亡的推定等、代位继承等的修改、区分所有法
1971(昭 46)年	最高额抵押的新设
1976(昭 51)年	访问销售法
1978(昭 53)年	预登记担保法
1980(昭 55)年	继承人·法定继承份额等的修改·贡献份额等
1987(昭 62)年	特别养子制度的新设等
1991(平 3)年	借地借家法
1992(平 4)年	特定债权法
1994(平 6)年	产品责任法
1998(平 10)年	特定非营利活动促进法、债权转让特例法
1999(平 11)年	确保住宅品质促进法、成年监护制度的创设、任意监护法
2000(平 12)年	消费者契约法、金融商品销售法、特定商交易法(访问销售法修改)
2001(平 13)年	中间法人法、电子消费者契约及电子承诺通知法
2002(平 14)年	区分所有法(修改)
2003(平 15)年	担保法修改
2004(平 16)年	不动产登记法(全面修改)、民法白话文化·保证法修改、动产·债权转让特例法
2005(平 17)年	有限责任事业合伙契约法、公司法
2006(平 18)年	法人法修改、一般社团·一般财团法、信托法(全面修改)、消费者契约法(修改)、遗失物法(全面修改)、利息限制法(修改)
2007(平 19)年	电子记录债权法、劳动契约法
2008(平 20)年	消费者契约法(修改)、特定商交易法(修改)、分期付款销售法(修改)
2009(平 21)年	有关国际货物销售契约的联合国公约(对日本生效)

权利能力、意思能力、行为能力

I 序



从本章起,讲述民法总则的本论。首先,是民法总则的第二章“人”。本章涉及的对象是其中的权利能力、意思能力、行为能力的总论。具体说来,就是确认各项制度的基本涵义及其宗旨,然后简要介绍意思能力与行为能力的关系。

II 权利能力

① 何谓权利能力

1. 权利能力的涵义 权利能力是指成为权利义务主体的资格。有了权利能力,才有可能享有权利,负担义务。

2. 权利能力平等的原则 关于权利能力,有“所有的人平等地拥有权利能力”的原则。这是近代市民法的根本原则。

(1) 涵义 该原则有以下两重涵义:

(A) 作为人固有之能力的权利能力 第一,“只有人才有权利能力”。包括法人在内的人以外的主体,不能成为权利的主体,只能成为权利的客体。

(B) 权利能力的平等性 第二,“所有的人平等地拥有”权利能力。只要是人,谁都拥有相同的权利能力。

(2) 根据规定 3 条 1 款规定：“私权的享有始于出生。”^①这是直接规定权利能力始期的规定。不过，这里“出生”的是人，既然人都是平等出生的，因而可以把这一条理解为规定权利能力平等原则的条文。

② 权利能力的始期

1. 权利能力的始期——出生

(1) 因出生而取得权利能力 依 3 条 1 款，人从“出生”的时刻起取得权利能力，成为权利义务的主体。

(2) 出生的时刻 所谓出生的时刻，民法上一般指活体从母胎中全部露出的时刻。^②这是因为，人们认为要成为独立的权利义务的主体，需要达到这样的程度，而且这样的程度便足够。

2. 胎儿的法律地位 依 3 条 1 款，既然未出生就不承认其拥有权利能力，那么原则上胎儿没有权利能力。可是，胎儿在不久的将来要出生，贯彻这个原则就否定了其对权利的取得，有时会产生不公平的结果。为此，民法在一定的例外地承认胎儿的权利能力。尤其重要的，是继承和侵权行为的情形。^③

34

事例 1

X 有身怀 A 的妻子 W 和父亲 F。一天，X 正坐在车上，Y 驾驶的卡车越过中间线，发生撞车，导致 X 死亡。

(1) 胎儿与继承 这里首要的问题是，胎儿 A 能否继承 X 的财产？这个问题因胎儿能否活体出生而有不同的结果。

(A) 胎儿活体出生的情形 886 条 1 款规定：“就继承而言，视胎儿为已经出生。”依此规定，就继承而言，胎儿被当作已经拥有权利能力的主体来看待。其结果，因 X 的死亡，妻子 W 和 A 按各自 1/2 的比例继承 X 的财产（民 900 ①）。

(B) 胎儿死体出生的情形 886 条 2 款规定：“前款规定不适用于胎儿死体出生的情形。”依此规定，A 就没有存在过，因此妻子 W 和父亲 F 分别继承 X 财产的 2/3 和 1/3（民 900 ②）。

(2) 胎儿与侵权行为 此外，如果 Y 的侵权行为导致 X 死亡，其“子女”可以对 Y 请求精神损害赔偿（民 711）。由此引发进一步的问题：胎儿 A 能否对 Y

① “私权”一般被理解为民法上的权利。依此理解，权利能力意味着成为民法上权利义务主体的资格。与此相反，也有见解认为，“私权”的涵义不仅指民法上的权利，还包括身体的自由、宗教自由、言论自由等自由权。依此立场，权利能力的涵义便相应地扩张（参照大村读解 36 页）。

② 参见我妻 51 页以下，石田 77 页以下，川井 23 页。

③ 此外，胎儿还可以接受遗赠（民 965）；如果有母亲的同意，可以接受认领（民 783 I）。

请求精神损害赔偿？

(A) 就损害赔偿请求权承认胎儿的权利能力 关于这一点,721条规定:“就损害赔偿请求权而言,视胎儿为已经出生。”依此规定,就损害赔偿而言,胎儿被当作拥有权利能力的主体来看待。^④

(B) 胎儿的损害赔偿请求权的行使 即使承认胎儿拥有损害赔偿请求权,因为胎儿尚在母体内,自己无法行使。所以应该由谁来代替胎儿行使胎儿的权利,就成为问题。关于这个问题的争论,按以下的逻辑展开: 35

(a) 解除条件说 第一,将721条理解为:“在胎儿的阶段拥有权利能力。不过,在没有活体出生的情形,权利能力视为自始没有存在过”^⑤。依此见解,由于在胎儿阶段已经拥有权利能力了,所以可以承认胎儿的保护人能够代理胎儿。之所以称之为解除条件说,是因为如果没能活体出生,权利能力发生的效果将被“解除”。

(b) 停止条件说(判例^⑥) 第二,将721条理解为:“在胎儿阶段没有权利能力。不过,在胎儿活体出生的情形,视为权利能力自始存在。”依此见解,由于在胎儿阶段没有权利能力,所以不承认胎儿的保护人能够代理胎儿。之所以被称为停止条件说,是因为到活体出生时为止,权利能力发生的效果一直处于“停止”状态。

Comment

所谓法律论——讨论是解除条件还是停止条件的意义

721条规定的是有关权利能力发生的解除条件,还是停止条件?过去,认为这种逻辑运用就是法律论的人比较多。但实际上重要的并不是这种形式上的法律构成。例如,是否应当承认胎儿的保护人代理胎儿的可能性这样的问题,才是重要的。那么,为什么应该承认这种可能性?或者不应该承认?应该以谁都能接受的形式直截了当地探讨这个问题。如果从这种观点来重新审视这个问题,其结果如下:

^④ 关于自家用汽车综合保险契约的记名被保险人的子女尚为胎儿时因交通事故于出生后发生伤害,遗留后遗症的情形,最判平成18年3月28日民集60卷3号875页,认为准同于契约中所包含的无保险车伤害条款(记载如下内容的条款:相对方的汽车属于无保险车的情形,如果存在赔偿义务人,针对被保险人或者其父母、配偶、子女对所遭受之损害支付保险金)作为被保险人规定:“与记名被保险人同居的亲属”所生伤害以及后遗症所造成的损害,从而认可保险金的请求。只要将无保险车伤害保险金解释为具有替代赔偿义务人填补损害的性质,赔偿义务人负担赔偿义务的损害全部构成填补对象,那么在作为胎儿期间因侵权行为于出生后发生损害,留下后遗症时,承认依721条胎儿也对加害人拥有损害赔偿请求权,所以认为该损害也属于填补的对象。

^⑤ 我妻52页,几代28页,近江37页,川井24页,加藤雅60页以下,平野24页等。

^⑥ 大判昭和7年10月6日民集11卷2023页(阪神地铁事件)。在该事件中,在A还是胎儿的时候,母亲W和亲属F把与加害人Y私了谈判的权限授予了第三人K,K与Y私下达成了如下协议:以慰问金的名义接受1000日元(但由F作为亲属的代表受领)以外,放弃一切赔偿请求。判决不认可对胎儿A的代理,从而否定了私了的效力。

(C) 承认代理胎儿的可能性

(a) 代理可能性否定说 首先能够想到的,是不应该承认胎儿保护人代理胎儿的可能性。^⑦理由可归结为以下两点:

1) 规定不存在 因为关于胎儿的代理民法没有规定,所以不能承认。

2) 发生不利法律行为的危险 承认胎儿的代理,就有可能发生不利于胎儿的法律行为。为了保护胎儿的权利,不应该承认这种危险的可能性。

(b) 代理可能性肯定说 其次,也有见解认为,应该承认胎儿的保护人代理胎儿的可能性。

1) 理由 理由可以归结为以下两点:

a) 721 条的宗旨 721 条规定将胎儿视为已经出生之人,把它理解为将胎儿与已经出生之人同等对待才更加自然。因此,关于胎儿,应该认为与已经出生之人相同,原则上亲权人可以行使代理权。

b) 发生不利法律行为可能性的一般性 保护人作不利法律行为的可能性,在胎儿出生以后同样存在。没有理由仅仅因为是胎儿就区别对待。

2) 代理权的范围 即使承认胎儿保护人的代理权,围绕应该在多大范围承认,还存在争议。

a) 限于保存行为说 有力的见解认为,既然关于胎儿的代理民法没有规定,就应该只承认为保存胎儿的权利所必要的行为(参照民 103①)。^⑧

b) 无限定说 如果将把胎儿视为已经出生之人这一规定理解为与已经出生之人同等对待的话,就没有必要特意限定代理权的范围。

Comment

胎儿的代理

关于胎儿,虽说是限定性的但却承认其具有权利能力——死体出生的情形除外,是为了在此限度内承认其对权利的取得。尽管如此,民法典却未规定为维持、活用如此取得之权利本不应缺失的手段——代理制度,不得不说是重大的欠缺。为了实现承认权利能力之规定的目的,有必要通过认可对胎儿的代理来填补欠缺。^⑨

⑦ 参照佐久间 20 页。

⑧ 四宫 40 页,米仓 64 页以下,石田 80 页等。

⑨ 潮见 41 页,将以胎儿为当事人的民事诉讼也纳入视野,以等待胎儿出生恐难以实现对胎儿的权利保护为由,得出了同样的结论。

③ 权利能力的终期

事例 2

X 与妻子 W 有一个未成年的子女 A。在与父亲 F 共同生活期间,因地震房屋完全毁坏。W 和 F 被救了出来,但睡在一层的 X 和 A 均死亡。X 的财产由谁继承? 又如何继承?

1. 死亡

(1) 权利能力因死亡而终止 虽然没有明文规定,但是“人的权利能力因死亡而消灭”,作为理所当然的命题而得到承认。

(2) 死亡导致继承的开始 依 882 条,继承因死亡而开始。在此情形,继承开始后继承人从继承开始之时起承继从属于被继承人财产的一切权利义务(民 896 正)。问题是,被继承人 X 的财产由谁继承? 如何继承? 这一点,因谁、以怎样的顺序死亡而有所不同。

(A) X 先于 A 死亡的情形 在此情形,妻子 W 最终继承 X 的全部财产。

(a) X 死亡的效果 首先,因 X 的死亡,妻子 W(民 890)与子女 A(民 887 I)继承 X 的财产。继承份额是:W 与 A 各 1/2(民 900①)。

(b) A 死亡的效果 其次,因 A 的死亡,A 的财产由其母亲 W 继承(民 889 I ①)。

(B) A 先于 X 死亡的情形 在此情形,由于 A 不能继承 X,所以由妻子 W(民 890)和父亲 F(民 889 I ①)继承 X 的财产。继承份额是:W 继承 2/3,F 继承 1/3(民 900②)。

2. 难以证明死亡的情形的处理 有时,会出现不能确实证明死亡顺序甚至死亡事实的情形。针对这种情形,民法设置了以下的制度:

(1) 同时死亡的推定 针对不能确定死亡顺序的情形,32 条之 2 规定了同时死亡的推定。依此规定,在数人死亡的情形,当无法断定其中一人在其他人死亡后是否生存过时,推定这些人同时死亡。⑩

(A) 归结 同时死亡意味着 X 死亡时 A 也死亡,因此 A 不能继承 X。⑪ 所以,此情形与 A 先于 X 死亡的情形同样处理。

⑩ 最判平成 21 年 6 月 2 日民集 63 卷 5 号 953 页,即使在生命保险的指定领取人,与若该制定领取人(B)在先死亡则应当成为其继承人之人(A)同时死亡的情形,也适用 32 条之 2,认为该人(A)或其继承人不属于商法旧 676 条 2 款所谓之“应当领取保险金之人的继承人”。最判平成 21 年 6 月 2 日判时 2050 号 151 页在解释与商法旧 676 条 2 款相同宗旨之格式条款时,也采用了同样的观点。

⑪ 887 条 2 款规定:当被继承人的子女“在继承开始以前死亡时”,子女不能继承被继承人,而由该子女的子女(孙子女)代位继承。由于“以前”包含同时,因此,其前提是:同时死亡的情形不发生继承。参见四宫、能见 28 页。

(B) 推定的涵义 但推定不同于“视为”,允许反证。因此,如果能够证明实际上 X 先于 A 死亡,那么则按实际情况处理。

(2) 认定死亡 在尽管确实已经死亡但不能确认的情形,允许负责调查的政府机关认定死亡(户籍 89)。死亡认定报告给死亡所在地的市町村长,并记载于户籍簿上。由此,在户籍上按已经死亡对待。但这是户籍法上的一种简便制度,以后如果生存得到确认,仅凭此便当然丧失效力。

(3) 失踪宣告 在失踪状态持续一定期间后,可以向家庭法院请求失踪宣告。有了这个宣告,在以原来的住所为中心的范围内,失踪者视为已经死亡(民 30 以下)。详细内容参见第 5 章 IV ③(94 页以下)。

III 意思能力

① 何谓意思能力

事例 3

80 岁的 X 自几年前起出现老年性痴呆的症状,并且日益加重,现在日常生活也出现了障碍。可是, X 受不时来访的福利团体 Y 的咨询员的引诱,在将 X 的全部财产捐献给 Y 的契约上签了字。事后察觉此事的 X 的子女 A,能够采取什么法律手段?

39

1. 意思能力的涵义 该事例中的 X 看似订立了赠与契约,但是他并不明白其行为的涵义——实施了这样的行为,自己的全部财产将一去不复回。这种理解自己行为的法律涵义——实施了这样的行为将会有什么样的后果——的能力,称为意思能力。

2. 意思能力的判断基准 关于意思能力的有无,一般以 7 岁程度的智力判断能力作为大致的标准。不过,理解行为之法律涵义的能力,应当说因所实施行为的种类——尤其是行为的复杂性、重大性——的不同而不同。^②

② 无意思能力的效果——无效

如果发生法律行为^③,原则上生效。然而,当实施法律行为之人欠缺上述意思能力时——由无意思能力人一方主张、举证该事实,该法律行为无效。虽然民

^② 有关判例的情况,参见前田泰“财产取引における意思能力の判断基準”同《民事精神鑑定と成年后見法》,(日本评论社,2000 年)115 页,熊谷士郎《意思无能力法理の再検討》(有信堂高文社,2003 年)285 页以下,泽井知子“意思能力の欠缺をめぐる裁判例と問題点”判夕 1146 号 87 页(2004 年)。

^③ 例如,契约、遗嘱等行为。详见第 6 章 II(103 页以下)。

法中没有明文规定,但是这个法理很早以来就得到了判例^⑭和学说毫无保留的承认。

1. 无效原则的基础构建 无意思能力法理的基础是怎样构建的呢?关于这一点,以往与现在略有差异^⑮。

(1) 基于意思教义(dogma)的基础构建 以往,意思能力被理解为用以推断意思存在的逻辑前提。它是基于如下的考虑:

(A) 意思教义 首先,所谓法律行为,是用于尊重当事人的意思、承认与意思内容一致之效果的制度。因此,为了能够说法律行为已经发生,需要有意思的存在。

(B) 无意思能力的情形 如果没有意思能力,本来就不能认为有意思存在。因此,法律行为也归于无效。

(2) 基于保护弱者思想的基础构建 与此相对,最近出现了另一种有力的见解:将意思能力制度理解为建立在保护欠缺意思能力人即弱者这种政策上的制度。

40

Comment

基于意思无能力之基础构建与意思能力的涵义

既然自己实施了法律行为,就要受到该法律行为的拘束。在契约的情形,契约就应当信守。这才是大原则。可是,认可这样的自己责任,终归是因为“自己实施了那个行为”。无意思能力人所实施的法律行为之所以无效,是考虑到不能认为无意思能力人“自己实施了那个行为”。在这个意义上,用单纯的“弱者”保护的思想是无法彻底说明这一点的。^⑯

当然,问题是“自己实施了那个行为”意味着什么?不应当作为这样的问题来理解:先设想人的“行为”这样的一般性的观念,再问自己实施了那种“行为”是何意。^⑰ 这里的问题是,以由契约——它又可以细分为各种类型的契约——为代表的,构成各种法律行为的法律制度为前提,依这些制度的宗旨看能否称得上是“自己实施了那个行为”——从而被课以自己责任。所谓意思能力,被定位为:分别就各种法律行为制度而言,要称得上自己实施了该种法律行为——从而被课以自己责

^⑭ 例如,大判明治38年5月11日民录11辑706页。

^⑮ 参照中舍宽树“意思能力、行为能力、责任能力、事理辨识能力”矶村保等《民法トライアル教室》(有斐阁,1999年)3页以下。详见熊谷·前注^⑬15页以下、45页以下(区分为“意思主义进路”——严格来讲又分为“意思欠缺构成”和“意思无能力构成”——和“保护主义进路”)。

^⑯ 关于有别于弱者保护的“针对自己责任的保护”的涵义,参照山本敬三“契约关系における基本权の侵害と民事救济の可能性”,田中成明编《现代法の展望》(有斐阁,2004年)30页以下,同“基本权の保护と契约規制の法理”先物取引被害研究29号19页以下(2007年)。

^⑰ 在涉及后述之行为能力制度的规定中,与意思能力相当的能力,是用“辨识事理的能力”这样的言语来表述的(民7、11正、151正)。可是,这恰好是先设想人的行为这样的一般性的观念,在将其与能称得上是“自己实施了”的能力相对应。因此,以此作为意思能力的定义不妥。

任——所必要的一种资格。^⑩

41

“基本方针”[1.5.09]〈1〉基于这样的考虑,提案规定:“欠缺辨识实施法律行为涵义的能力(以下称为‘意思能力’)”状态下所为之意思表示可以撤销。^⑪

2. 无效的涵义——谁能够主张无效? 构建基础方法的不同,又牵扯如何理解缘于无意思能力的无效这个问题。特别是谁能够主张无效这个问题。

事例 3-2

处于事例 3 状态的 X 与 Z 订立契约,以 200 万日元购买 Z 所有的绘画甲。可是后来,有人愿意以 300 万日元购买甲,于是 Z 找 X 协商。其间判明 X 当时处于无意思能力的状态。于是,Z 以无意思能力人订立的契约无效为由,要求 X 返还甲。

(1) 绝对无效说 传统的通说认为,谁都可以主张无效,不限于无意思能力人一方。这种见解可以由上文的意思教义说明。即,如果没有意思能力,法律行为本来就不存在。因此,对于不存在的东西,谁都可以主张“不存在”,即无效。

(2) 相对无效说 而现在的通说却认为,只有无意思能力人一方才能主张无效。^⑫ 这种见解可以由上述保护弱者的思想说明。即,之所以要认定无意思能力人所为的法律行为无效,是为了保护无意思能力人。因此,只有受保护者即无意思能力人一方才能够主张保护的效果,即无效。

Comment

无意思能力的效果

如上所述,之所以令无意思能力人所为之法律行为无效,不是基于单纯的保护弱者的思想,而是为了将算不得“自己实施了那个行为”之人从自己责任下解放出来。即使如此思考,实际上是否追求这种解放,还是需要由无意思能力人一方来决定。在这个意义上,在结论上应当支持相对无效说。

42

IV 行为能力

1 何谓行为能力

1. 行为能力制度的宗旨 作为行使权利的资格,民法规定了有关行为

^⑩ 熊谷·前注②345页以下,从①行为的不存在(达到行为不存在程度的能力低下情形)、②用以维持私域自治机能的排除法理(为维持交易规则而排除判断能力拙劣者的情形)、③判断能力低下者的保护(综合考虑相对人的恶性、契约内容的不当性等的基础上,应当保护判断能力低下者的情形)处探寻无意思能力法理的根据,试图依分别不同的根据阐明意思无能力的判断框架。可是,如本书所述,没有必要也没有理由特别考虑①。②与本书所述结论相同,但熊谷强调从交易社会“排除”,而本书却至多作为从自己责任的“解放”来理解(也参照须永38页)。此外,如熊谷自身所暗示的那样,③倒是应当作为合意瑕疵的问题来定位。

^⑪ 参照基本方针24页以下,详解I81页以下。

^⑫ 几代59页,四宫、能见31页,须永41页以下,近江43页,石田101页以下,内田103页、加藤雅77页、河上41页等。

能力的制度。问题是,为什么仅有上述有关无意思能力的原则还不够,还需要行为能力制度。该制度的宗旨可以概括为以下两点:

(1) 缘于难以判定意思能力的需要 第一,判断有无意思能力实际上比较困难,因此就有了如下两项需要:

(A) 无意思能力人一方的需要——对证明困难的救济 对于无意思能力人来说,事后证明当时没有意思能力实际上比较困难。其结果,虽然确实当时没有意思能力,但由于不能证明,就有可能承担不利益。于是,为了保护这种人就要求实现这样一种状态:即使不逐一证明无意思能力,但只要满足一定的形式要件就可以受到保护。

(B) 保护相对人的需要 由于是否为无意思能力人从外表难以判断,因而相对人有可能会蒙受意想不到的不利益。为了保护相对人,就需要至少能使得是否为能力人一事能够一目了然。

(2) 保护没有独立交易能力人的必要性 第二,所谓意思能力只是理解自己所为行为之法律涵义的能力。可是,仅仅具有这种能力,难以在复杂的交易社会生存。于是,就要求在意思能力制度之外,还要建立一种制度,以保护没有单独进行交易所需判断能力的人。

2. 行为能力的涵义 为了实现上述宗旨,有必要限制这种人能够单独实施法律行为的情形。具体而言,就一定的情形,使得本人没有保护人的支持就不能进行法律行为;如果擅自作出法律行为,那么事后可以撤销。在这个意义上可以说,行为能力是“单独实施确实有效之法律行为的能力”。

② 行为能力制度的修改——成年监护制度的创设

43

1999年,民法规定的行为能力制度被大幅度修改,创设了成年监护制度。在这里,让我们通过对比以往的行为能力制度,来确认制度的理念及其基本特征是如何演变的。

1. 以往的行为能力制度

(1) 制度的特征 以往的行为能力制度的特征,可以概括为如下:

(A) 无能力人的定型保护 以往的行为能力制度具有这样的特征:将没有充分的判断能力的人定型化,通过一律剥夺或限制这些人的行为能力来给予保护。

(a) 定型性 首先,以往欠缺行为能力的人——被称为行为无能力人或无能力人——限于未成年人、禁治产人、准禁治产人三种。具体地,满足以下要件者,不论其实际的判断能力如何,规定一律剥夺或限制其行为能力。

1) 未成年人 未满20岁之人

2) 禁治产人 “心神丧失为常态的人”,并受到家庭法院禁治产宣告

3) 准禁治产人 “心神耗弱及浪费人”,并受到家庭法院准禁治产宣告

(b) 基于剥夺或限制行为能力的保护 其次,为了保护这些人,采用了剥夺或限制行为能力的方法。让判断能力不充分的人作交易,蒙受不利益的可能性较大。因此就想到:要防止这样的事态发生,如果使这样的人不能够单独作确实有效的交易不就可以了么。

(c) 保护要件的严格性 像这样,成了行为无能力人后,交易的自由将受到很大地限制。因而以往认为,要认可这样的限制,必须判断能力严重欠缺。禁治产人和准禁治产人尤其如此。

(B) 利用户籍公示 此外,是否为行为无能力人,在多数情况下仅从外表无法判断。为此,为确保交易安全,通过户籍公示是否被剥夺或限制了行为能力。

(2) 存在的问题 针对以往的这种制度,人们指出了以下的问题:

(A) 有关行为无能力人定型保护存在的问题 同样是不具备判断能力,其程度可能多种多样。如果无视这种多样性,将行为无能力人限定于极少数类型,一律剥夺或限制属于这些类型的人的行为能力,就有可能出现这样的可能:一方面交易的自由受到过度的限制;另一方面,却不能给予必要的保护。

(a) 过剩介入的侧面 首先,即使就某种行为类型具有充分的判断能力,但由于行为能力被一律剥夺或限制,导致不能单独地确实有效地实施该行为。其结果,不必要地制约了交易自由。

(b) 过少保护的侧面 其次,由于严格设定了保护条件,不属于规定类型的人即使不具备足够的判断能力,也得不到必要的保护。特别是判断能力逐渐衰退的老龄人和轻度的精神病患者,尤其如此。

(B) 通过户籍公示存在的问题 用户籍公示行为无能力人,有可能与个人的隐私相抵触。尤其是禁治产和准禁治产的情形,因为担心被世人知道后会受到歧视而不想让人知道,所以不申请。像这样陷入恶性循环的情况不在少数。

2. 成年监护制度的创设 尽管有程度的差异,以上的问题中,多数对于未成年人也成立。可是,1999年的修改只涉及属于以往的禁治产和准禁治产制度的部分,创设了成年监护制度。^②

(1) 修改的背景 修改的背景如下:

^② 1999年12月有关该修改的法律——“部分修改民法的法律”、“有关任意监护契约的法律”、“有关伴随部分修改民法的法律的施行完善相关法律等的法律”、“有关监护登记等的法律”——成立,于2000年4月施行。

(A) 应对老龄人问题的必要性 第一,随着高龄化的日益严重,有关老龄人的财产管理需要他人帮助的情形激增,因此需要应对该问题的新制度。

(a) 老龄人的特征 老龄人的特征是,随着年龄的增大,其判断能力逐渐衰退。因此,以往那种定型的、一刀切式的行为能力制度无法完全应对,人们强烈地呼吁有必要设立柔韧有弹性的制度。

(b) 护理保险制度的导入 由于护理保险制度的导入,需要护理的人要利用护理服务就必须申请需要护理的认定,并根据需要订立护理服务契约。在这种制度下,对于判断能力不足的人来说,帮助作这种申请和缔结契约的制度就必不可缺了。 45

(B) 对精神病人政策的变化 对于一般的精神病人,认为不应该隔离他们,而是应该创造一个使精神病人能够在家庭、地方过通常生活的社会见解——正常化,日益受到重视。依此观点,以往的行为能力制度试图把精神病人排除在交易之外,需要反省。

(2) 新制度的理念 这样创设的成年监护制度的基本理念是:尽可能尊重个人的自己决定,同时又给予必要而且充分的保护。^②

(A) 对自己决定的尊重 首先,为了实现正常化的理念,就需要尽可能尊重个人的自己决定。严格来讲,它又可以进一步分为以下两个需要:

(a) 自己决定的实现 第一个需要:对于个人自己决定的事项,应当尽可能使其实现。即使判断能力不足,也有可能存在自己能够判断的事项。所以认为,关于这样的事项应该尽可能地确保实现自我决定的可能性。

(b) 对自己决定的支援 第二个需要:为了实现个人自己期望的决定,应当积极地进行支援。虽然说有自己能够判断的事项,但由于精神、身体的制约,有可能不能实现自己期望的决定。所以认为,在这种情形,为了能够进行实现自己希望的生活,需要支援自己决定的制度。

(B) 充分并且必要的保护 即使如上所述应该尊重自己决定,但由于判断能力不足,仍然存在需要保护的情形,这一点是不变的。在这种情形,需要在不过剩介入的限度内给予充分并且必要的保护。 46

(3) 成年监护制度的概要 基于这种理念创设的成年监护制度,由以下两个制度构成:

(A) 法定监护制度 第一,是法定监护制度。这是对现在处于判断能力不足状态的人,在一定的要件下限制其行为能力,而让特别选任的保护人补

^② 有关成年监护制度的基本想法,参照岩井伸晃“成年后见制度の改正及び公正证书遺言等の方式の改正に関する平成11年改正民法及び关系法律の概要”金法1565号6页(1999年);小林昭彦、大鹰一郎、大门匡编《一问一答新しい成年后见制度》(商事法务,新版,2006年)3页以下;小林昭彦、大门匡编《新成年后见制度の解説》(金融财政事情研究会,2000年)2页;安永正昭“成年后见制度(1)”法学教室236号42页(2000年)等。

充其能力的制度。像这样的制度,以往规定了禁治产和准禁治产两种类型,新制度规定了以下三种类型:

(a) 监护 对于“因精神上的障碍丧失辨认、识别事理能力且为常态的人”,根据本人、亲属等的请求,由家庭法院选任成年监护人(民7以下)。这与以往的禁治产制度基本对应。

(b) 保佐 对于“因精神上的障碍辨认、识别事理能力严重不足的人”,根据本人、亲属等的请求,由家庭法院选任保佐人(民11以下)。这与以往的准禁治产制度基本对应。

(c) 辅助 对于“因精神上的障碍辨认、识别事理能力不足的人”,根据本人、亲属等的请求,由家庭法院选任辅助人(民15以下)。这是以往的制度所未包含的,是为了认可必要的保护和支援而新设立的类型。

(B) 任意监护制度 第二,是任意监护制度。这是使下面这种做法成为可能的一种制度:现在有足够判断能力的人,为了有备于将来判断能力低下,预先由自己决定补足这种情形下之能力的方法。这是以往从未有过的崭新制度。

(4) 成年监护制度的特征 这样新创立的成年监护制度的基本特征,可以概括如下:

(A) 对本人决定、参与的重视 第一,任意监护制度自不用说,即使是法定监护制度,也扩大本人能够决定或者参与的可能。

(B) 向行为能力制度的纯化 第二,即使是法定监护制度,也不承认对行为能力的全面剥夺,而是统一在只限制行为能力的方向上。因此,在用语上,也取代“无能力人”,而使用“限制行为能力人”这样的表述。

(C) 制度的柔韧化 第三,法定监护制度的内容也不是整齐划一的,而是承认可根据需要灵活变通。保佐和辅助类型尤其如此。

(D) 公示制度的新设 第四,此次修改不只是法定监护制度,还包括任意监护制度在内,新创设了成年监护登记制度,废止了在户籍上的登记。这个登记制度是为了协调成年监护制度与交易安全而特别设立的公示制度,对隐私的保护也有所考虑。

V 意思能力与行为能力的关系

行为能力制度的详细内容将在下一章讲述。在本章的最后,简单地看一下上述意思能力与行为能力的关系。