

外国法学名著

我妻荣民法讲义 V₂

债权各论 中卷一

〔日〕我妻荣 / 著

徐进 李又又 / 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

外国法学名著

我妻荣民法讲义

债权各论 中册

〔日〕我妻荣 著

高木秀次郎 译

中国政法大学出版社

外国法学名著

我妻荣民法讲义 V₂

债权各论 中卷一

〔日〕我妻荣／著

徐进 李又又／译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

出版说明

学术著作的译介是增益本土文明的一种重要途径，是展开文明对话的载体，也是相关学科建设的宝贵资源之一。在法制建设和法学研究领域，情况同样如此。我社向来有志于为我国法制建设与法学研究事业贡献绵薄之力，亦与学界有良好的互动与合作。此次幸赖学界鼎力支持，日本一代民法宗师我妻荣先生的教科书代表作《民法讲义》得以顺利出版。相信这套重要著作的出版，将会给我国的民法学研究和民事立法，带来积极的参考作用。

我妻荣先生的这套《民法讲义》规模庞大，内容广博，各位译者艰苦异常。中日民商法研究会精心组织，功不可没。我妻荣先生的弟子星野英一先生慷慨拨冗，惠赐中文版序言，在此一并致谢！

中国法制出版社

二〇〇八年七月

中文版序言

星野英一*

此次，我妻荣《民法讲义》系列由中日民商法研究会组织翻译成中文出版，我作为一名日本的民法学者，同时作为接受过作者指导过的学生感到无比喜悦。

在这套不朽的名著的中文版即将面世之际，我想为中国的读者更好地理解这套书提供一些可供参考的解说。解说主要有四个部分，即：①这套书在日本民法学、特别是在教科书和体系书的历史中的定位；②这套书在我妻民法学中的定位；③这套书的特色；④这套书与其后、特别是与战后的教科书和体系书之间的关系。

日本民法典于1898年施行后，一开始主要以民法典起草人作为中心撰写了一批“逐条释义”等解说性的著作以及相关的体系性著作。但是，仅仅经过十年之后，受德国法学影响的教科书和体系书的出版便开始盛行起来，日本民法学由此进入了德国法学一边倒的时代。北川善太郎教授将这个时代总结为“学说继受”时代，因为这个时代的特点是，日本民法学者都在努力用德国民法学的方法对受德国和法国、或者说更多地受法国影响的日本民法典进行解释。引领这一时代的学者在日本民法学界留下的德国法学色彩至今

* 日本学士院会员（院士）、东京大学名誉教授、中国社会科学院法学研究所名誉教授。

仍然保留着深刻的烙印。对于德国法一边倒的倾向，最早提出严厉批判的是末弘严太郎博士（1921），他提出“活着的法”，即对判例和社会事实的尊重。此后，日本法学界虽然普遍认为对民法典的解释应该更广泛地吸收社会学、比较法、法哲学等方法，但直至二战结束前出版的教科书和体系书仍然没有改变以往倾向，德国法的影响依然处于强势。

我妻荣师从鸠山秀夫，鸠山秀夫在日本法学界以德国民法学研究出类拔萃著称，而末弘批判的直接指向就是鸠山秀夫。我妻荣身处这样的时代，一方面认真接受末弘的批判，另一方面在展开独自的社会学方法研究的同时，在所继承的鸠山秀夫和石坂音四郎等人的民法解释学中，又吸纳了作为自己学长的穗积重远^①和牧野英一^②的研究，最终做到了将所有这些融会贯通的集大成。

我认为，作为大学教授的任务有两项，一是制作教案或教科书；二是追求为之一生奋斗的研究课题。我妻完成前一项任务的代表作就是这套《民法讲义》，而作为完成后一项任务的代表作则是关于“资本主义发展中的私法变迁”的研究。我妻就这一研究课题撰写的一系列论文以“近代法上债权的优越地位”冠名收录在战后出版的《近代法上债权的优越地位》这部论文集之中。其中，“近代法上债权的优越地位”是我妻于1927年至1929年间的研究成果，“关于私法方法论的一个考察”是在在此之前1926年发表的研究成果。我妻在这篇论文中倡导“以审判为中心的研究方法”，并以此为中心课题探讨了“法律应实现的理想”、“以社会现象为中心的法律研究”、“法律上的技术”等三个问题。我妻在教科书

^① 我妻在这套书最早的版本上曾有过对穗积重远的评价：“相对进步且注重常识”、“说明言简意赅”、“结论妥当”等。

^② 牧野虽然是刑法学者，但曾经将许多德国和法国的新型民法理论介绍到日本，如“社会法”、“权利滥用”、“诚信原则”等最初都是由牧野介绍到日本的。

方面，除提出“对现行法的解释”之外，还重点围绕“为真正的解释而应该做什么”例举和说明了许多问题。关于这一点，可详见这套讲义中最早出版的《物权法》序言，在此不再赘述。但需要说明的是，这套讲义的出版给此后的教科书和体系书奠定了新的基础坐标。

这套《民法讲义》有以下几个特色：

①除对现行法的解释外，还包括了丰富的“为真正的解释而应该做什么”的内容；

②“为真正的解释而应该做什么”的内容涉及面广、数量大；

③研究成果与法律解释结合密切，具体说就是在各卷的序言中都提出了该卷所设定的理想、指导原理，并以这些作为解释原理（诚望各位读者仔细阅读各版序言）；

④作为法解释本身，一是显示出在以往学术基础上的稳健进步，二是在叙述上既平易近人又面面俱到且一览无余，整体上富有平衡感，三是结论符合常理。

这套《民法讲义》初版是作为教科书撰写的，在二战前和二战中出版了四卷。按出版年的顺序排列分别是，《物权法》（1932年）、《民法总则》（1933年）、《担保物权法》（1936年）、《债权总论》（1940年）。二战后出版了《债权各论》四卷，即《上卷》（1954年）、《中卷1》（1957年）、《中卷2》（1962年）、《下卷1》（1972年）。遗憾的是，这套书因缺少《侵权行为》、《亲族法》、《继承法》（尽管我妻曾经以其他形式出版过这些方面的著作，但不属于这一系列）而最终没有完整地完这一系列。没有完成的主要原因是因为我妻突然过世（1973年）。这套书先出版的四卷，在出版后曾经做过一次“改版”，其后又以“新订”为名做过一次真正的改版。但是，我妻对后一次改版只完成了《物权法》以外的三卷，即1939年、1940年、1968年。这三卷经过我妻的充实，

页数几乎增加了一倍，对于想进一步深入研究民法的人来说应该是一部超出教科书层次的研究著作。而《物权法》的改版是在我妻逝世之后，由其高足有泉亨以“补订”的形式于1983年出版的“新订版”。此次中文版采用这一“新订版”，在翻译上可能要费些力气。

因为这套《民法讲义》具有上述特色，在最初出版的一卷问世以来就博得了极高的评价，长期以来一直被奉为民法的“通说”，至今还在再版印刷。

我妻逝世之后，这套书更是成了年轻学者在民法研究上的赶超对象，在许多个别的解释论上都成了受批判的靶子。正因为如此，其中有不少观点在今天的民法学界已经成了“少数说”。但是，有些批判性的系列教科书虽然从根本上对“通说”提出了质疑，但它们无论在整体的体系上，还是在教科书和体系书的体例上基本上还是继承了我妻的风格，只是对其中的某些部分以自己的观点提出了批判。值得一提的是，时至今日仍然可以看到近似于我妻体例的教科书和体系书在继续出版（如川井健、近江幸治等）。

最近以来，年轻学者撰写的独具特色的教科书和体系书层出不穷，尤其是在教科书的写法上做出的崭新尝试值得注目。内田贵撰写的三卷本民法教科书可谓是这种尝试的开端，他提出：教科书应该“立足于学习者”，在不降低学术水准的同时在叙述上和体系上都要尽最大努力做到易于理解。接下来面世的是大村敦志的三卷本《基本民法》，这三本比内田贵三本的页数少很多。大村从两个角度提出“构造化”与“融通化”新观点，即让学习者体系性地把握民法规范的整体（构造化）和让学习者对民法的思维方式产生共鸣（融通化），进而展开了令人耳目一新的叙述。按照大村的说明：战后与自己现在所谋求的同一方向的前驱教科书，作为“构造化”与“融通化”两者兼备的是铃木禄弥的《讲义》系列

(1964年初版);在两者之前者上特别着意的是北川善太郎的《讲义》系列(1993年);而在两者之后者上特别着意的是星野英一的《概论》系列;而内田和大村的尝试则应该看作是对这些先驱的延伸。

以上的两套属于教科书,另外还有一些以比较传统的体例撰写大部头的体系书,如山本敬三、加藤雅信、潮见佳男、佐久间毅等。这些著作都付出了应该说是超越了我妻的巨大努力,在民法解释上也更为细腻,理论构成上也相当周全。特别是在对判例的整理上,既考虑到对个案关系的细致整理,又在此基础上进行体系性的整理,这一点已经远远超过了我妻。但是,同时也应该看到,在这些著作中,一是只将基本的前提作为问题提出,而立足于新观点促使民法研究飞跃发展的部分很少;二是作为“为真正的解释而应该做什么”的内容,从历史、社会、比较的角度展开研究的极少,只是能够偶尔见到就思想性背景展开讨论的研究。这些都是我妻《讲义》系列之前的体例形式。应该说这些体系书所显示的努力方向具有“先锋性”的意义,但努力的程度还有待加强。

综上,我妻的《讲义》系列,在各个解释论、个别部分上的基本前提以及理想和“指导原理”等方面都受到了程度不同的批判,甚至被“新说”修正的也不在少数。但是,将如此丰富的内容如此条理清晰地归纳出来的集大成著作至今在日本还没有第二套。以本人管见,我妻这套条理清晰的体系书好像在这个世界上也是绝无仅有。而且从判例急剧增加和优秀研究成果辈出的今天看,今后这种著作的出现也近乎于不可能。

有鉴于此,我要对慧眼识名著,想到翻译这套部头庞大且内容具有多面性的《讲义》系列,并以自己的行动切实予以实现的中国年轻的民法学者诸子,表示由衷的敬意!我深信,这套系列讲义的中文版出版必将推进日中两国法学交流飞跃性的发展,甚至称之

为日中民法学交流历史上的一件大事也不应为过。

债权各论分四册顺次刊行，但就在第四册，即下卷1《无因管理·不当得利》发行的第二年，作者突然逝世，因而没能见到这套系列最终完成。上卷的内容是“契约总论”；中卷是“契约分论”，中卷1写到租赁契约；中卷2是其余的各种契约；下卷1是“债权分论”中的“无因管理和不当得利”。这四册合起来的字数近1200页，约等于二战前出版部分的《新订版》整体页数的一半。

我妻在《债权总论》的序言中说，通过对债权发生的各种原因“彻底研究使新型的债权总论体系得以树立”。因此，各种契约和无因管理以下的部分（不当得利和侵权行为——译者）是我妻特别关心，并为此积累大量研究而希望撰写出来的领域。而且，这其中的大部分是具体规定社会现象的制度，所以它正是我妻“擅长”的领域。

这部分是拖到二战后执笔完成的。我妻在二战后的28年间，除了完成这部分的撰写外，还为恢复因战乱烧毁的战前出版的本系列中四卷的印刷纸版而对其进行“改版”，进而平行展开“新订版”的撰写（它们依次是“改版”三册，撰写债权分论三册，“新订”三册，债权分论下卷）。此外还完成了各种著作和论文。我妻能在二战后繁忙的日月里完成如此巨大数量的学术成果，其对学问的热情和毅力以及作为学者的能力，实在令人惊叹！

但是，这部分与二战前开始出版的四卷不同之处是，这里见不到像最早出版的《物权法》的序言以及其他各卷中的各版序言中所陈述的关于这一系列整体的写作方针以及各卷中的具体指导原理等内容。这一点实在是遗憾，它令人感到在这部分的各卷找不到要领。出现这种遗憾的原因大致有三种可能：一是除上卷以外的各卷相对页数较多，所以在写作上过于费时；二是“契约总论”、“契约分论”、“无因管理”、“不当得利”（还有没能完成的“侵权行为

为”) 各大项中所包含的制度繁多, 因此将这些概括作序有相当大的难度; 三是杂务缠身而又急于完成撰写出版, 因而没有更多的精力写这部分的“序”。这些恐怕只有期待我妻的孙子辈的弟子们来完成了。但是, 我妻在中卷中撰写的“序”虽然字数较少, 但也有一定的分量, 这也是不容忽视的。

我妻尽管工作繁忙, 还是将二战前出版的各卷引用文献中有在二战后重新出版的教科书和体系书逐一查阅重新引用新版。这些新版图书达 10 种之多, 另外涉及到一些德文和法文的论文。在这一点上, 我妻没有改变二战前撰写这套书时所显示出来的广泛研究他人成果的学习态度, 令后学们望洋兴叹。

从历史、社会、经济的背景及现状的角度出发说明制度理念是本卷以下“各论”的出色之处, 这一点可以与《物权法》卷和《担保物权法》卷媲美。也许有读者会感到关于这种内容的说明过于冗长; 而且, 社会情况的变化以及伴随变化所进行的现行法修改和新的立法, 这些内容也会面临过时之嫌。但是, 我妻这种平衡感绝佳的阐述方式仍然是值得我们经常学习的榜样。

例如, 关于租赁的部分, 加上对特别法的说明约有 150 页; 关于合伙的部分, 加上传统习惯法中的各种“讲”约有 110 页。这些详尽的阐述值得仔细阅读。特别是合伙的部分, 因为以前没有得到充分研究, 而我妻在对其财产关系方面的思索显示出了尖锐的问题意识。如关于“持份”的概念, 他分析出了 6 种权利义务, 并详细地提出了各自的内容, 由此又得出“持份”一词的使用或者涵盖其全部抑或只能涵盖其一部分。类似这种阐释可谓是精妙, 完全可以将这一部分看作一篇学术论文。

总之, 对于我妻在这套书各卷中撰写的序言, 应该仔细阅读。

(渠涛 译)

日本民法学历史上的丰碑 （代译序）

一代民法宗师我妻荣博士的教科书类成果代表作《民法讲义》中文版即将面世，这对中国民法学界和日本民法学界都是一件大事。

中日民商法研究会有幸受中国法制出版社委托组织了这套《民法讲义》的翻译工作，值此《民法讲义》中文版付梓之际，谨从翻译工作组织者的角度就我妻荣博士本人的一些情况以及翻译工作中的一些共通问题作简单介绍和说明。

1. 我妻荣简介

（1）我妻荣的生平

我妻荣，1897年4月1日生于日本山形县米泽市铁炮屋町（现在我妻荣纪念馆所在地），是家中5个子女中的长子，也是唯一的男孩子。父亲我妻又次郎自明治28（1895）年至大正11年（1922）的28年间一直在山形县米泽中学做英语教师，母亲是山形县师范学校的第一届毕业生，在当地的与让小学长期从事过教学工作。

我妻荣，1903年4月入米泽市与让小学（6岁）；1909年4月入米泽中学（12岁），1914年3月中学毕业（17岁）；同年9月以丙种首席的成绩入第一高等学校，1917年6月高中毕业，7月考入东京帝国大学法学部（20岁）；1919年1月通过高等文官行政科考试（22岁）；1920年7月毕业于东京帝国大学法律学科（23

岁); 1922 年 7 月就任东京帝国大学助教授 (副教授, 25 岁); 1923 年 6 月作为文部省选拔的留学生, 以民法研究为课题赴欧美各国留学 (26 岁); 1925 年 12 月 8 日留学回国 (28 岁); 1926 年同留学归国所乘轮船上相识的铃木绿女士结婚 (29 岁); 1930 年因左足踝骨患关节炎开始拄拐生活 (30 岁); 1945 年就任东京帝国大学法学部部长 (48 岁); 1946 年出任贵族院议员 (49 岁); 此后, 作为社会职务历任临时法制调查会、司法法制审议会、家事审判制度调查会等立法机构的委员。1948 年出任日本司法学会理事长 (51 岁); 1956 年 7 月出任法务省特别顾问 (59 岁); 1957 年 3 月在东京大学退休, 同时取得东京大学名誉教授称号 (60 岁); 1964 年获日本文化勋章, 米泽市名誉市民 (67 岁); 1966 年为母校捐资设立“财团法人自赖讲学基金” (69 岁); 1970 年捐资为母校与让小学设立图书文库 (73 岁); 1973 年参加“与让馆创立纪念仪式”、“我妻先生胸像揭幕式” (76 岁); 同年 10 月 18 日因急性胆囊炎住进国立热海病院, 10 月 21 日逝世。逝世后被追授“勋一等旭日大绶章”, 这是日本对国家或公共事业作出重大贡献的人授予的最高荣誉。

(2) 我妻荣的生活和为人

我妻荣在小学时代就被评价为“秀才”, 自初中毕业后进入高中时代一直到大学, 一直同原总理大臣岸信介同学, 两人既是朋友也一直是争夺学习成绩魁首的一对对手。我妻荣博士在大学学习期间就通过了高等文官考试, 即高级公务员考试, 本来的人生设计应该是向仕途发展。但是, 因为他受到当时民法学泰斗级人物鸠山秀夫教授的青睐和劝荐, 于毕业前一年获得东京大学特别奖学金, 最终留在东京大学法学部一生从事了以民法为中心的法律研究和教学工作。

我妻荣一生著书立说可谓是书等身齐博大精深, 但在生活上并

不是人们常理中想象的那种埋头攻读而毫无嗜好型的学者。他在学习和研究上一丝不苟，生活嗜好上也是丰富多彩：他左足踝骨患关节炎的本源就是在棒球场上受伤所致；在拄拐生活后经常从事的运动是射箭；很长一段时间将周三下午定为“雷打不动”的围棋时间；他不仅喜欢打台球和扑克牌，而且还喜欢带有轻微赌博性质的弹子游戏，而在学者中喜欢这种游戏的人确实为数不多。

我妻荣为人，既有慈爱之心又有强烈的正义感。这一点，从他与岸信介之间发生过的两件事情上体现得最为明显。

岸信介曾在二战中作过东条英机的幕僚等军国主义政府的高官，战后作为战犯被关押。当时日本的一些有识之士考虑到战后日本重建需要有经验的政府官员，随之以请愿的形式要求占领军和政府释放一些战争“罪行轻微”的在押战犯。当然这种“请愿”及其最终能够成功，还有战后东西冷战开始等世界政治背景存在。我妻荣作为当时的社会名人也在请愿书上签了字。但是，在岸信介出任首相后，开始同美国谈判签订日美安全保障条约时，受到社会上有识之士主流的强烈反对。对此，我妻荣博士在《朝日新闻》上发表了一封致岸信介总理大臣的公开信。信中最为激烈的言辞，也是最能代表我妻荣政治观点的文字如下：

“恐怕你自认为现在所作的强化外交路线是为我国发展而选择的最正确的路线，而且对此确信无疑。虽然你的信念本身无可置疑，但是，你在战前同德国联手发动以中国和英美为敌的大东亚战争，当时你也曾经确信这是为我国发展而选择的最正确的路线。而事实证明这场战争是完全错误的。而你现在又正在重复过去的错误。一想到这一点，我不禁毛骨悚然。今天可留给你的唯一出路是，赶快退出政界，去过一种闲野垂钓的生活。”

2. 我妻荣学术研究和教书育人的成就

我妻荣师从鸠山秀夫。鸠山秀夫的时代正是日本民法学引进德

国概念法学对日本民法进行体系性解释——即所谓“学说继受”——的全盛期。然而，这一时期，以末弘严太郎为首的社会法学派对以往的概念法学派提出严厉批评，认为法律解释应该更注重本国的实际，而不应该从概念到概念一味追求法律本身的体系性。正是在学界出现这种新潮流的时候，我妻荣被选派到国外留学，但他与其他日本学者到国外留学所选择的学习内容截然不同。他没有像其他更多的学者那样主要选择一个国家，专攻该国的法学，甚至取得该国的学位，而是选择了当时资本主义发达的几个国家，而且所学习的内容不仅限于法学，更多地将学习重点放在了与法学紧密相关的各个学科上。可以说，这种留学态度的选择为我妻荣在日后以学贯东西集大成的民法学研究而成为日本民法第一人奠定了最为坚实的基础。

我妻荣一生著书立说极丰。在数量上完全可以用“书等身齐”、“汗牛充栋”等来形容；而在质量上又可以用“博大精深”、“切合实际”来评价。我妻荣自30年代中期开始在日本逐渐取得主流地位，直至逝世后到80年代在日本民法学界基本上都占据着绝对权威的地位。80年代在日本学习民法，只要遇到“通说”，其90%以上都是“我妻说”；只要遇到“判例和通说”以同样的观点一并出现，其中的通说近乎100%都是“我妻说”。由此可见，我妻荣的民法研究对审判实践的影响之大至今无人比拟。

我妻荣的成名之作是他在留学归国后发表的几篇基础性研究的学术论文。这些论文后来作为一本论文集编辑成册，现在已经被译成中文在中国出版。^①

我妻荣曾撰写过多种民法教科书，而作为教科书类成果的代表

^① 我妻荣著：《债权在近代法上的优越地位》，王书江、张雷译，谢怀斌校，中国大百科全书出版社1999年版。

作就是这套《民法讲义》系列教科书。虽然令人感到遗憾的是，这套教科书因为我妻荣突然辞世而没有最终完成，但是这套民法教科书可谓是作为权威影响了日本近半个世纪。

我妻荣的民法研究类成果的代表作是由他在各个时代和各种刊物上发表过，而后集结成册的《民法研究》（有斐阁，共15册）。

3. 我妻荣与中国民法的关系

我妻荣的名字对于中国民法学界并不陌生。他在民法学研究方面的成就不仅对日本民法学界产生了巨大影响，而且也因为日本民法对亚洲各国的影响而对我国民法学产生了不小的影响。

我妻荣在中日两国民法制度比较研究方面的成就巨大。

中国历史上第一部民法典是南京国民政府于1929—1930年颁布的《中华民国民法》。日本在上个世纪的30年代至40年代出版了一套《中华民国民法》注释书，而这套注释书主笔就是我妻荣（另有我妻荣和川岛武宜合著）。尽管这套书最终没有出完整（最近在东京大学图书馆发现了尚未出版的最后一部分书稿，可望在近期面世），但到现在为止仍不失为高水平的学术著作。这套书在结构上简洁明快，先列举条文的译文，然后列举各国民法相关制度的立法例，进而比较中日两国民法制度的异同；每卷末尾还列举有日中民法用词的对照。日本当代著名民法学教授星野英一教授曾经说：这套书的形成尽管缘起于那个不幸的时代，但在近代以来日中法律交流历史上仍是水平极高、贡献极大的著作。

此外，我妻荣曾经于1941年和1942年、1943年来中国工作和讲学。

第一次是从事一些公务性工作，其后两次是在北京大学法学系通过翻译讲课。第一年 is 总则，第二年 is 物权。我妻荣基于当时的讲稿，曾经在战后出版过一本《中华民国民法总则》（日本评论社，1946年）。这本书在日本的评价很高。

4. 本套译著在翻译过程中的一些技术处理

第一，这套教材中使用的省略语较多，这些省略方法大多是日本前一个时代学界的约定俗成。关于这些省略方法，作者在这套讲义最早出版的几册中曾以“略语表”的形式有过介绍，但在后几册中则没有具体列举。早中译本中，我们考虑到为读者阅读提供便利，增加了一些“略语表”的内容。增加部分的工作是由参加这套《民法讲义》翻译工作的江涛博士完成的。另外，因为这套讲义各卷出版年代不同，各卷中的略语表述也不尽相同，为保持原著的原貌并考虑到读者在必要时需要查阅引文中的文献时方便，在翻译上没有做更多的展开处理，因此读者需要注意阅读各卷凡例。

第二，以往的译著多将原著页码放在页眉或页肩予以保留，其目的是便于查阅原著中提及的“参见X页”。在这套译著中没有保留原著页码，而是代之以保留项目码，理由是原著中提及的“参见”指向为项目号，而并非页码；而且如果同时保留页码和项目码既要浪费页眉或页肩也会有失简洁。

第三，原文中的数字表示是按日本习惯，在中文版中按照中国读者的阅读习惯进行了统一调整。

第四，中文版的章、节号及各级标题号基本使用了按原文所使用的表示，但将原著中“イ”、“ロ”这类日本专有的片假名符号改为了“A”、“B”。

第五，原著中对“年”的表示，基本上都采用的是日本年号。中文版中没有将其一一计算修改为公元纪年。其计算方法如下：

明治+1867，例：明治5年=1872年

大正+1911，例：大正5年=1916年

昭和+1925，例：昭和5年=1930年

平成+1988，例：平成5年=1993年

第六，鉴于这套译著的原著所使用的《日本民法典》条文是