

判例形成的

日本新侵权行为法



〔日〕圆谷峻·著 赵莉·译

本书通过判例的展开，详细阐述日本侵权行为法的发展变化，以及日本学术界围绕这些判例所展开的讨论。书中不仅详细介绍了日本比较古老的判例，还介绍了近年来在日本侵权行为法上起到重要作用的判例，时间跨度从明治末年（1912年）到平成17年（2005年）。著者也详细介绍了日本学术界对一些问题的争论，比如违约责任和侵权行为中的竞合问题、侵权行为中违法性的判断、过失相抵和损益相抵等问题。



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

判例形成的

日本新侵权行为法

[日]圆谷峻·著 赵莉·译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

判例形成的日本新侵权行为法 / (日)圆谷峻著;赵莉译.

—北京:法律出版社,2008.10

ISBN 978-7-5036-8851-5

I. 判… II. ①圆…②赵… III. 侵权行为—民法—研究—
日本 IV. D931.33

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第151528号

不法行為法・事務管理・不当利得——判例による法形成

円谷峻 著

© 2005 T. Tsuburaya

著作权合同登记号

图字:01-2008-3917

©法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/15.375 字数/294千

版本/2008年12月第1版

印次/2008年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8851-5

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

致中国读者的前言

中国南京师范大学法学院的赵莉老师,将我的《侵权行为法 无因管理·不当得利》(成文堂出版社)翻译成中文,我感到由衷的高兴。赵莉老师在2001~2005年作为留学生在我的指导下在横滨国立大学国际社会科学研究所研究日本法,故她了解日本法,日语也很好。尽管如此,翻译是一件很艰辛的工作,可以想象赵老师非常努力。我对此表示衷心的感谢和敬意。

首先,关于我和中国的关系,简单地予以说明。我在中国的《合同法》制定之前,为调查研究中国的《合同法》而访问中国。当时在中国政法大学做了讲座,认识了该大学的诸位老师。同时获得了与社会科学院的梁慧星教授,清华大学的马俊驹教授、崔建远教授亲切交流的机会。此后依然与几位教授保持交流,也邀请他们来过日本。我通过与上述著名的教授交流,了解了中国法,特别是私法,消费者保护法,感到非常高兴。以后又和其他老师们建立了交流关系,特别要说的是,本书的译者赵莉老师回国就职于南京师范大学,我借此机会与南京师范大学法学院建立了密切联系,从而以此为契机,建立了日本的法学者和南京师范大学法学院的交流,也许是因为上述原因吧,我也被南京师范大学法学院授予客座教授的称号。

如果论及为何要保持这样的交流,就不得不感谢很多中国的留学生们。我现在在日本明治大学做教授,但直到数年前,是横滨国立大学国际社会科学研究所的教授。当时,我主张应该尽量大量地接受来自中国的留学生,为中国的发展培养更多的人才我们的任务之一,从而积极地录取中国留学生。现在,我一边写此“前言”,同时眼前也浮现出在我

2 判例形成的日本新侵权行为法

指导之下学习日本法现在活跃在中国的众多学生们的面容。如果没有包括赵莉老师在内的这些众多学生,跟中国的交流也是很困难的,本书的翻译出版也是不可能的吧。我想在此对我的学生们说一声谢谢。

其次,关于本书的内容,简单地予以说明。本书是作为培养法律专家的法科大学院(Law School)的教科书而写作的。因此,比起理论性的考察来说,以培养能正确认识侵权行为法领域中的判例法的状况,能准确理解判例立场的能力为目的。故本书中插入汇总了很多的判例,为此,可以通过本书了解在日本的侵权行为法上论述的众多判例,对中国的读者来说,是不是一件很有趣的事呢?

最后,如本书能为日本和中国的文化交流尽微薄之力,本人将不胜欣喜。

2007年11月28日

圆谷峻

前言

一 本书的目的

(1) 本书是在法科大学院教授侵权行为法、无因管理、不当得利而使用的教材的基础上修改补充后写成的。虽然我知道在此领域里已经出版了很多非常优秀的教科书,但我仍然写就此书,理由如下:

随着法科大学院的创立,^[1]法学教育也注入了新的理念。尽管法科大学院的理念很好,但是具体该如何教授课程呢?许多教员是不是都感到很困惑呢?虽然只有一年半的教学经验,但是至少回首考虑一下,我认为,在提供了足够的信息以后培养学生自己的判断能力是最重要的。升入法科大学院的学生即使在本科时不是法学本科出身的,但是在接受了专业信息以后,能够有能力和热情去深入研究。本书就是作为这样的一种帮助性资料提供给学生的。

[1] 作为司法改革的一个环节,日本以美国的 Law School 为参考模式于 2003 年开始设立法科大学院,即一方面保持现有的法学本科教育,另一方面改革司法考试制度,由过去的任何人都可报名参加司法考试过渡到只有法科大学院的毕业生方可具备司法考试资格,为此设立法科大学院,培养法曹实务人才。大学本科为法学专业的学生在法科大学院学习 2 年,本科非法学专业的学生在法科大学院学习 3 年,接受法律专门教育和法曹实务教育的课程,毕业后参加新司法考试。对法科大学院的评价和毕业生通过司法考试的合格率有着密切的关系,因此,这给习惯于传统的以培养理论研究为目的的教学带来了很大的挑战。——译者注

(2) 基于上述观点,本书考虑了以下几点:

毋庸置疑,判例在侵权行为法上起到了压倒性的作用。因此,本书以大量的篇幅尽可能详细地介绍了基本判例和重要判例的事实关系及判决理由;对于判例的意义和评价则由读者自身来做判断。另外,正如副标题所示,如果能通过本书了解判例的展开,则令我感到万分荣幸。当然,从另一方面来说,有很多人批评认为,有关侵权行为法的学说介绍得不够,对此,我表示接受该批评。

同时,本书通过一些设问,随后进行论述解答的方式,希望达到有效学习的效果,因此,书中在各处提出了很多的问题。再者,为了读者的方便,书中印有*、**、***的符号,*号的数量,表示了难易度。

最后,本书对引用的判决附加了名称,这些名称有约定俗成的,也有为方便而取的,对此,敬请读者留意。

二 学习侵权行为法的建议

在阅读以侵权行为法为中心的本书时,有必要谈一下有关法学学习的一般性注意问题,下面谈的就是理解民法,特别是理解侵权行为法的一些要点。

(1) 在具备了广泛的法律基础知识的前提下培养判断力

在法律学的各领域中,民法属于最基础、最基本的领域,为此,民法规定了与我们社会生活密切相关的各种问题。对于学习民法的人来说,仅仅学习民法典中的条文是不够的,还应该了解与此相关的各种社会制度和社会问题。换言之,学习民法者,应该了解社会生活中的各种制度,而且,学习民法者还应该

是一个了解世事人情之人。在此基础上,学习民法时,才能“不拘于理,不流于情”,做出适当的判断。特别是在学习侵权行为法时,应该广泛了解公害关系中的被害情况和特别法、制造物责任法和各国规制的情形、消费者纠纷、医疗事故、交通事故的现状和救济制度等,培养深刻的洞察力。毋庸置疑,对此做的最好的当首推我妻荣博士吧。虽然我们无法达到我妻博士的境界,但是可以通过掌握广泛的法律知识,培养对社会的洞察力,做出适当的法律判断。^[2]

(2) 认真学习判例

本书中提到,在我们当今的社会有很多侵权行为存在,类型各式各样。可是,在日本,基本上只根据民法第709条的规定来解决这些为数众多的侵权行为案件。因此,判例在其中起到了无可估量的作用。不仅限于最高裁判所^[3]的判例,下级裁判所的裁判案例也非常重要。本书尽可能地收录了很多的判决,介绍了判决的理由。读者除了应该很好地理解本书介绍的判决,还应该自己去阅读理解书中仅提到判决年月日和出典的判决。认真学习判例是指,不仅要了解这些判决的事实概要,还要正确领会判决的理由。长期从事民法研究、教育的米仓明教授在他的面向大学教师的《民法教学法——一种方法》(弘文堂,2001年)一书中指出,“应该奖励、激励学生去接触判

[2] 关于我妻法学,可以通过星野英一的《民法的另一种学习方法》(有斐阁,2002年)一书里的“第8讲 日本民法学者和民法学说”和“第9讲 我妻荣”,星野英一:“我妻荣先生的人和业绩——《债权在近代法上的优越地位》(中文版)序言”,载《法学者之心》(有斐阁,2002年)来获取。再者,这里提到的星野教授的这些著作本身就通俗易懂,对训练我们专业的思维有很大的帮助。

[3] 在本书中请允许我使用日语的“裁判所”(法院)一词。——译者注

例,学习判例”,他还强调,“可以说没有判例就没有解释学,判例解释的重要性越来越高,应该指出,对公司及其他实务界来说,判例比学说重要得多”(第112页)。确实如此。但是,仅仅了解判决的要旨还不能称得上是理解了。要正确理解判例的立场和所阐述的道理才是学习的第一步。在此基础上,才有必要去理解少数学说和批判性的观点。综上,首先要认真学习判例。

(3)不能死记硬背,要去理解

不仅仅限于侵权行为法,法律的任何领域,花再多的时间去死记硬背都是在做无用功。对此,米仓教授如是说。虽然引用的有些多,但是我觉得非常有参考价值,所以请允许我介绍一下。“最后要说的是,说到学习判例,并不是说要以死记硬背判例为主,应该以此判例为素材,自己思考案件处理结论是否妥当,判决书的理论构成如何,可以以判例评释^{〔4〕}为参考资料,但切不可死记硬背。要自己去思考,是否赞成判决的结论,对判决书中的说理部分是否都理解了,等等。开始可能比较粗糙幼稚,但是无论如何,要告诉学生应该自己反复去思考。”

为什么判例做出如此结论?为什么学说会对判例的立场予以批评等,如此的态度对判例和学说的学习才是有助的。以民法总则里典型论点“取得时效和登记”为例来说明一下。取得时效完成前出现的第三人和取得时效援用者非对抗关系,而取得时效完成后出现的第三人和取得时效援用者之间则是对

〔4〕在日本,最高裁的判例公布以后,很多学者会对此发表评论,此评论被称为“判例评释”。——译者注

抗关系。^[5]对民法总则稍有学习的人对此都知道,但是,判例为什么会得出这样的结论?对此要彻底理解。理解之后也就能理解学说对判例的批判了,另外也就能充分理解其他的问题,比如“因欺诈被撤销和第三人”^[6]的问题。因此,绝不要死记硬背,浪费宝贵的时间。

那么,如何才能做到在理解的前提下学习呢?有很多方法,其中之一是将大学的讲座以自己的理解整理成自己的笔记。如何清楚地将讲课内容中的要领整理出来,体现出了学生能力的高低。有完全整理不出之人,也有很好地整理出来之人。通过不断地努力挖掘自己的潜能,也即只有理解才能很好地整理。书店里有很多将民法各领域的问题清楚地整理出来的书,但那是专家们代替那些不具有专业整理能力的人归纳的。即使经常读这些书也无法培养法律素养,因此,首先有必要通过每天的课堂学习,努力掌握讲义内容,将其归纳出来。这正如一流的体育选手为取得好成绩每天刻苦训练是一样的道理——滴水穿石。经过这样的训练之后,那些参考书才能起

[5] “取得时效和登记”是日本民法中的争点之一。根据日本民法第176条的规定,物权的设定和转移,因当事人的意思表示而产生效力。则登记是不动产物权变动的要件,同时,日本民法第177条规定,登记是对抗第三人的要件。有关物权变动的第177条的规定是否适用于取得时效则成为问题。判例认为应该适用。具体为:①占有者B在取得时效完成时,在和所有者A的关系上,即使不登记也可以取得所有权(大判大正7年3月2日,民录24辑423页);②B的时效完成前,所有者A将讼争不动产转让给C,其后时效完成时,B不登记也可以向时效完成时的所有者C主张(最判昭和41年11月22日,民集10卷9号1901页);③B的时效完成后,所有者A将讼争不动产转让给C,所有权因时效完成由A转移到B,和所有权因转让由A转移到C,形成两重转让,B不登记则不可以向C主张(大[连]判大正14年7月8日,民集4卷412页等)。学者对于判例的立场多数持批判态度,在此不予细述。——译者注

[6] 该问题与上述注释相同,也是日本民法中的争点之一。感兴趣的读者请参阅[日]山本敬三:《民法讲义I总则》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第161~167页。——译者注

到一定的作用。

(4) 不要忽视对外国法的了解

参加司法资格考试的人有一种恶习,就是讨厌学习外国法。因为考试试题中没有外国法的内容,故没有必要学习,这是最主要的理由吧。其实这是一种非常近视的看法。民法本身就是国际化的,梅谦次郎、穗积陈重、富井政章起草的现行民法典也是细致的比较法研究的成果,因此有必要站在全球的角度来评价日本民法。譬如,在侵权行为法领域里,了解各国对名誉损害、侵犯隐私权、制造物责任是如何规定的,对了解日本的思维也是非常重要的。了解外国法的必要性并不仅仅限于此,本书将在最小的范围内介绍一些外国的法律规定。

三 如何学好判例

(1) 判例是什么

我们经常在不同的场合使用“判例”一词,比如,我们说:
①平成××年××月××日的判例。②裁判所长期积累的意见或者看法,我们也称为判例。举例说,学说支持A说,而判例采用了B说,就是这样的用法。我们还说,③裁判所的判断就是判例。从法律的角度来说,此种说法是正确的[中野次雄编《判例及其读法》(有斐阁,1986年)第4页]。因为“判例”这一词是在1948年制定的现行刑事诉讼法上使用的,即规定了可以上告^[7]的判决,关于上告理由的该法第405条第2款规定“做出与最高裁判所的判例相反的判决”,使用了“判例”一

[7] 日本实行三审终审,二审称为控诉审,三审称为上告审。——译者注

词。这里的最高裁判所的判例就是最高裁判所的判断。该条第3款还规定“没有最高裁判所判例的情况……”但是,民事诉讼法关于上告理由的第312条第1款规定,“上告是在判决中对宪法的解释有错误时……”而使用了“判决”一词。而在规定上告受理申请的该法第318条第1款规定“上告裁判所为最高裁判所的情况下,最高裁判所要判断原判决是否与最高裁判所的判例相反……”用法与刑事诉讼法一样。

①②的用法很普遍,没有什么错误。但是,由裁判所的判断就是判例这个角度来看,③是正确的。判例是指裁判所的一种判断,是针对某一个特定的案例做出,在判决书的理由部分做出的法律判断。(中野,前注书,第4~9页)。以下均以③使用的判例的意思来说明。

(2) 理解判例和旁论的区别

在英美法中,判决理由中具有约束力的部分称为判决理由(ratio decidendi),除此以外的称为附带意见(obiter dictum)。日本也有同样的区别,前者称为判例,后者称为旁论。旁论是指,与案件的论点相关的判断没有关系的说教部分。中野在前注书38页中指出,有关旁论“最典型的例子之一是昭和42年5月24日大法庭对朝日诉讼做出的判决(民集21卷5号1043页)。该行政诉讼因原告在提起上告后死亡,判决主文为‘本案……因上告人的死亡而终止’。尽管对本案的上告理由失去了论证必要,但该判决还是在括号中写道‘不过,为了预防万一……’从而对本案论点的生活扶助基准的妥否做了冗长的判断说明”。如何区分判例还是旁论,要看是否正确理解了该诉讼中的论点。不过,不能认为旁论是没有意义的。比如,

上述朝日诉讼中,因原告的死亡使得论证生活扶助基准的妥否失去了意义,但是对此问题,大法庭阐述了自己的观点,对同类诉讼是很有必要的。另外,很多情况下,法庭会有目的、有意识的以旁论的方式在各种判决理由中表明判例的射程,明确判例的内容。在书店中卖的《判例时报》,《判例タイムズ》^[8]的判例集中,总是在判例的部分画了线,仅仅读此部分是不够的,不阅读全部的判决理由,是无法正确理解该判决的。

(3) 判决要旨和判例不同

在判例集里,开头刊载了判决要旨。这不是做出该判决的裁判所写的,而是第三方的判例委员会归纳的,是与判例不同的。当然,了解判决要旨很重要,判决要旨是该判决贵重的路标、指南。由此意义来说,了解判决要旨是很有用的。但是,在学习民法的人里面,有人轻视事实关系的把握、判例的理解、旁论的洞察,只注重学习判例要旨,恐怕是因为急于多了解判决的焦躁感造成的吧。但这不是合理的努力方法。不知道比喻是否妥当,我觉得仅仅记住判例要旨就像在栽满鲜花的花坛转来转去,而认真地阅读一个判例的事实关系,正确地把握判决理由,看起来似乎很费时间,但对培养专业思维方式,增强专业能力是有很大帮助,非常值得的,也对其他法律领域的学习有很大的帮助。在做到基本努力的前提下,偶尔眺望花坛是不是更好呢?对于本部分的论述,请详细参阅中野前注书。

本书得以刊行,首先要感谢成文堂编辑部给予的理解。再

[8] 《判例时报》和《判例タイムズ》都是日本刊载判例的杂志,《判例タイムズ》のタイムズ是英文 times,故《判例タイムズ》译成中文亦为《判例时报》,为避免重复,本译著中对《判例タイムズ》不做翻译。——译者注

者,在本书的执笔过程中,年轻的教师(成城大学的中村肇君,神户学院大学的加藤雅之君)提出了宝贵的意见,我指导的研究生(大滝哲佑君,中谷崇君)从学生的角度也提出了意见,并热心地对本书予以了校正,在此一并表示感谢。

2005年8月31日

圆谷峻

译者导读

本译著的宗旨是让有着中国法知识背景的读者用母语来阅读该译著中涉及的日本的法律规定、学说以及判例,但是,专业学术著作中有相当多的专业术语,日本法上的一些专业术语我们有对应的术语,但有些我们并没有对应的术语。译者认为这和两国的学者在探讨问题的内容方面有所不同有关,有些问题我们并没有探讨或者探讨得不多。同时,作为译著,又难免会留下日本法学的特有的研究表达方式,这恐怕也是译著独有的特色。但是,此种特色又可能会使仅具备中国法知识的读者,特别是本科学生感到晦涩难懂。有鉴于上述原因,译者在开篇写下此导读,希冀能起到一个比较好的桥梁作用。

一、关于判例的标注问题

在前面的“引用文献”中对判例的略记做了说明,在此再具体解释一下。以译著最后的“判例索引”为例。比如“大正大正5年7月22日民录22辑1585页”是指日本大审院大正5年(1916年)7月22日的判决,登载在大审院判决录(民录、刑录)的第22辑第1585页上。“日本大审院”是日本明治8年(1875年)到日本最高裁判所设立前所存在的日本最高司法裁判所,是日本最高裁判所的前身。大审院的重要判例,1921年即大正10年以前的登载在22辑1585页上;1922年即大正11

年以后的登载在大审院判例集(民集、刑集)上。^[1]其中富喜丸案件判决标记的是“大连判大正 15 年 5 月 22 日民集 5 卷 386 页”,这里的“大连判”是指,日本大审院要变更该院以前法律法令的解释时,根据案件的性质,联合成立合议庭审理,该合议庭被称为联合部或连合部,^[2]则大审院合议庭的判决略记为“大连判”。

日本最高裁判所,简称“最高裁”,是在昭和 22 年(1947 年)废止了大审院而同时设立的,最高裁的法官包括所长为 15 人,审判部门分为大法庭和小法庭。大法庭是由法官全体 15 人组成的合议庭,一般审理是否违宪、变更以前的判例等的案件,更多的案件则是由法官 5 人,最少 3 人组成的小法庭审理,共有三个小法庭。^[3]

顺便说一下,日本至今还使用年号,明治元年为 1868 年,大正元年为 1912 年,昭和元年为 1926 年,平成元年为 1989 年。在翻译过程中,不可能每次都换成公历,故在此注明,敬请读者谅解,感兴趣者可以自己换算。同时译者认为,这样的换算也对理解判例中判决理由的局限性以及损害赔偿金额有所帮助,比如第 239 页的判例中提到每月的抚养费为“20 日元”,就是由于该判例是昭和 7 年即 1932 年的。

二、关于学说的标注问题

对于书中需要多处引用的文献,在前面的“引用文献”中

[1] 日本百科事典, <http://ja.wikipedia.org/wiki>。

[2] 同上。

[3] 同上。

也做了说明,比如第一章第9页第二段最后括号中的“加藤,第133页”,是指“引用文献”第4个所列的加藤一郎所著《侵权行为法(增补版)》,有斐阁1974年版,第133页。

三、关于词语的翻译问题

有个别词语,译者直接用了日式的表达方法,没有翻译过来,比如“最高裁”(译文应该为最高法院)、“裁判所”(译文应该为法院)、“制造物责任法”(相当于我国的《产品质量法》)、“制造物责任”(译文应该为产品责任)、“社会通念”(即社会通常观念)。

还有一些专业术语,翻译过来则不再是词而是一句话。因此,译者借用了日本的专业术语,同时加了脚注,比如“信义则”(第17页)、“结果回避义务”(第52页)、“寄与度”(第224页)。

四、关于本书的查阅问题

为方便读者的查阅,本书最后附有“事项索引”和“判例索引”。

“事项索引”可以方便读者根据词语来查找相关内容在本书的具体位置,比如,查找“不真正连带债务”,可以在“B”字母项下查找到页数。

最后欢迎各位读者提出宝贵的意见。

南京师范大学法学院 赵 莉
2008年8月