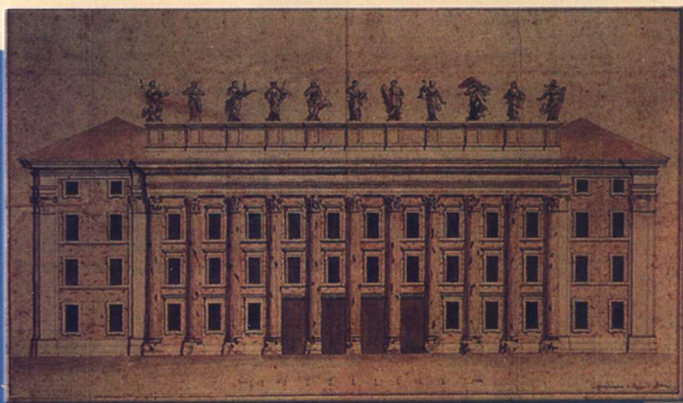


法学精品教科书译丛

民法讲义 I

总则

〔日〕山本敬三 著
解 亘 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法学精品教科书译丛

民法讲义 I

总 则

〔日〕山本敬三 著
解 亘 译

北京大学出版社
北 京 · 2004

著作权合同登记号：图字 01-2003-5415 号

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. —北京:北京大学出版社, 2004.6
(法学精品教科书译丛)

ISBN 7-301-07286-4

I. 民… II. ①山… ②解… III. ①民法-高等学校-教材 ②民法-总则-高等学校-教材 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 031755 号

书 名: 民法讲义 I 总则

著作责任者: (日)山本敬三 著 解 亘 译

责任编辑: 贺维彤

标准书号: ISBN 7-301-07286-4/D·0875

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

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

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 27.625 印张 530 千字

2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 56.00 元

本书如有质量问题,请与教材供应部门联系。

版权所有 侵权必究

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。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做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。可以想像,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

凡 例

【法 律】

医 疗	医疗法	手	票据法
会 更	公司更新法	独 禁	有关禁止私人独占与确保 公正交易的法律
家 审	家事审判法	特 商	特定商业交易法
家审规	家事审判规则	任 后	有关任意监护契约的法律
割 贩	分期付款法	农 协	农业协同组合法
刑	刑法	非营利	特定非营利活动促进法
宪	宪法	不 登	不动产登记法
健 保	健康保险法	辩 护	律师法
后见登记	关于监护登记等的法律	民	民法
公 证	公证人法	民 再	民事再生法
户 籍	户籍法	民 执	民事执行法
私 学	私立学校法	民 诉	民事诉讼法
借地借家	借地借家法	民 保	民事保全法
社 福	社会福祉法	有	有限公司法
宗 法	宗教法人法	利 息	利息限制法
商	商法	劳 基	劳动基准法
证 取	证券交易法	劳 金	劳动金库法
消 契	消费者契约法	劳 组	工会法
宅 建	住宅用地、房屋交易业法	老 福	老人福祉法
地 自	地方自治法		

* 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】

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

【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2版补订版,2000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2版补订版,1996年)
- 川井 川井健《民法概论1(民法总则)》(有斐阁,第2版,2000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,1993年)
- 四宫 四宫和夫《民法总则》(弘文堂,第4版,1986年)
- 四宫=能见 四宫和夫=能见善久《民法总则》(弘文堂,第5版增版,2000年)
- 新版注民(1) 谷口知平=石田喜久夫编《新版注释民法(1) 总则(1)》(有斐阁,1988年)
- 新版注民(2) 林良平=前田达明编《新版注释民法(2) 总则(2)》(有斐阁,1991年)
- 铃木 铃木禄弥《民法总则讲义》(创文社,改订版,1990年)
- 须永 须永醇《新订民法总则要论》(劲草书房,1997年)
- 争点I 加藤一郎=米仓明编《民法的争点I》(有斐阁,1985年)
- 注解判例I 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) 总则(3)》(有斐阁,1973年)
- 注民(4) 于保不二雄编《注释民法(4) 总则(4)》(有斐阁,1967年)
- 注民(5) 川岛武宜编《注释民法(5) 总则(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,1995年)
- 富井 富井政章《民法原论 第1卷上·下》(有斐阁,1903—1904年)
- 广中 广中俊雄《民法纲要 总论上》(创文社,1989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 星野英一=平井宜雄编《民法判例百选I 总则·物权》(有斐阁,第4版,1996年)
- 百年II 广中俊雄=星野英一编《民法典的百年II》(有斐阁,1998年)
- 民法讲座I 星野英一主编《民法讲座 第1卷 民法总则》(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)
- 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

初版序言	i
中文版序	iii
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 [2] 为什么仅仅熟记六法全书成不了法律专家	
III 判例和学说的作用	(3)
[1] 判例的作用 [2] 学说的作用	
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 [2] 作为私法基本法的民法	
III 民法的对象——财产法与家族法	(8)
[1] 家族法 [2] 财产法	
IV 财产法的基本构造	(10)
[1] 所有与契约 [2] 财产法的基本构造——物权与债权	
V 民法典的构成	(14)
[1] Pandekten 模式的采用 [2] 构成的概要	
VI 民法总则的涵义和构造	(15)
[1] 何谓民法总则 [2] 民法总则的基本构造 [3] 本书的构成	
VII 日本民法的历史	(19)
[1] 民法典的成立史 [2] 民法学史 [3] 民事立法的展开	
3 权利能力、意思能力、行为能力	(23)
I 序	(23)
II 权利能力	(23)
[1] 何谓权利能力 [2] 权利能力的始期 [3] 权利能力的终期	
III 意思能力	(27)
[1] 何谓意思能力 [2] 无意思能力的效果——无效	

IV 行为能力	(29)
[1] 何谓行为能力 [2] 行为能力制度的修改——成年监护制度的创设	
V 意思能力与行为能力的关系	(33)
[1] 效果的异同 [2] 竞合问题——无效与撤销的二重效果	
4 行为能力各论 I	(36)
I 序	(36)
II 成年监护的问题构造	(36)
[1] 制度整体的构造 [2] 法定监护的问题构造	
III 法定监护 I——监护	(37)
[1] 监护的开始 [2] 监护开始的效果 [3] 监护的终止	
IV 法定监护 II——保佐	(43)
[1] 保佐的开始 [2] 保佐开始的效果 [3] 保佐的终止	
V 法定监护 III——辅助	(47)
[1] 辅助的开始 [2] 辅助开始的效果 [3] 辅助的终止	
VI 任意监护	(52)
[1] 任意监护的必要性 [2] 任意监护契约的成立 [3] 任意监护契约的效力	
[4] 任意监护契约的终止	
5 行为能力各论 II、失踪	(58)
I 序	(58)
II 未成年人	(58)
[1] 未成年人与保护人 [2] 未成年人所为之法律行为的效力 [3] 撤销情形的效果	
III 对限制能力人的相对人的保护	(62)
[1] 相对人的催告权 [2] 限制能力人的诈术	
IV 失踪	(64)
[1] 住所 [2] 不在人的财产管理 [3] 宣告失踪	
6 法律行为总论	(70)
I 序	(70)
II 法律行为概念的涵义	(70)
[1] 法律行为 [2] 准法律行为	
III 法律行为制度的基本原理	(73)
[1] 私的自治和契约自由 [2] 私的自治、契约自由的问题点 [3] 对私的自治、契约自由的介入	
IV 法律行为法的问题构造	(81)

1	法律行为的效力	2	代理	
7	法律行为的成立、解释			(83)
I	序			(83)
II	总论——法律行为和意思表示			(83)
1	法律行为的成立要件	2	意思表示的涵义和构造	3
	理			
III	意思表示的成立			(87)
1	是否需要表示行为	2	是否需要效果意思	3
			是否需要表示意识	
IV	意思表示的生效			(89)
1	意思表示的生效时期	2	表意人的死亡和丧失能力所产生的影响	3
	于公示的意思表示			
V	法律行为的解释			(93)
1	何谓法律行为的解释	2	契约的解释	3
			遗嘱的解释	
8	心里保留和虚伪表示			(102)
I	序			(102)
II	心里保留			(103)
1	何谓心里保留	2	基于心里保留之意思表示的效力	3
	与否和心里保留——以出租招牌的事件为素材			
III	虚伪表示			(105)
1	何谓虚伪表示	2	虚伪表示的效力	
IV	94条2款的类推适用			(113)
1	类推适用94条2款的可能性	2	意思外观对应型	3
	应型		意思与外形非对应型	
9	错误 I ——总论			(118)
I	序			(118)
II	问题之所在			(118)
1	错误的种类	2	错误论的争点	
III	二元论——传统的错误理论			(122)
1	对错误的理解——二元论	2	表示错误	3
			动机错误	
IV	一元论——信赖主义的错误理论			(126)
1	对错误的理解——一元论	2	错误无效的统一要件	
V	基于合意主义的再构成			(129)
1	新二元论——错误外构成说	2	新一元论——合意主义的错误理论	
10	错误 II ——各论			(136)
I	序			(136)

II	错误与没有合意	(136)
	1 错误与没有合意的涵义	2 两者的区别
III	要素的错误	(137)
	1 何谓要素的错误	2 要素错误的具体内容
IV	表意人的重过失	(146)
	1 趣旨	2 重过失的判定基准
	3 表意人的重过失与相对人的恶意	
V	效果	(148)
	1 因错误而导致无效	2 错误人的损害赔偿义务
VI	与其他制度的关系——与瑕疵担保制度的关系	(150)
	1 何谓瑕疵担保	2 错误与瑕疵担保的关系
11	欺诈、胁迫	(152)
I	序	(152)
II	欺诈的成立与否	(152)
	1 何谓欺诈	2 默示欺诈
	3 欺诈与其他制度的关系	
III	胁迫的成立与否	(158)
	1 何谓胁迫	2 胁迫的成立要件
IV	第三人的欺诈、胁迫	(160)
	1 第三人的欺诈	2 第三人的胁迫
V	基于欺诈、胁迫的撤销与第三人	(161)
	1 撤销前的第三人	2 撤销后的第三人
12	有关法律行为内容的有效要件	(168)
I	序	(168)
II	内容的实现要件	(168)
	1 内容的确定性	2 内容的实现可能性
III	法律行为的内容规制——总论	(169)
	1 何谓法律行为的内容规制	2 内容规制的根据规定
IV	法令对内容的规制	(171)
	1 私法令对内容的规制	2 公法令对内容的规制——取缔法规
	3 补论——法律规避行为	
V	公序良俗对内容的规制	(179)
	1 作为一般条款的公序良俗	2 有关公序良俗的研究状况
	3 公序良俗论的再构成	
13	消费者契约法	(188)
I	序	(188)
II	何谓消费者契约法	(188)

1	意义	2	适用范围	
III	对缔结过程的规范			(191)
1	当事人的努力义务	2	基于不当劝诱的撤销	3
3	契约内容的确定			
IV	不当条款的规制			(203)
1	个别条款规制	2	一般条款	3
3	不当条款规制的构造与射程			
V	消费者契约法与其他法律的关系			(209)
14	无效与撤销、条件与期限			(210)
I	序			(210)
II	无效与撤销——总论			(210)
1	何谓无效	2	何谓撤销	3
3	无效与撤销的双重效果			
III	无效各论			(211)
1	无效的主张者	2	无效的范围	3
3	无效行为的转换	4	无效行为的追认	
IV	撤销各论			(217)
1	撤销权的行使	2	适于撤销之行为的有效确定	
V	法律行为的生效——条件和期限			(220)
1	条件和期限——总论	2	条件各论	3
3	期限各论——期限利益			
VI	补论——期间			(226)
1	民法规定的射程	2	期间的计算方法	
15	代理总论、有权代理			(227)
I	序			(227)
II	代理总论			(227)
1	何谓代理	2	代理的基本构造以及与代理制度类似的制度	
III	代理权			(232)
1	代理权的发生原因	2	代理权的范围	3
3	再代理	4	代理权的消灭	
IV	代理行为			(240)
1	显名	2	代理行为的有效性	
16	无权代理			(245)
I	序			(245)
II	无权代理行为的效果——本人与相对人的关系			(245)
1	原则——效果不归属	2	本人和相对人可以采取的手段——契约无权代理的情形	3
3	本人、相对人可以采取的手段——单方行为无权代理的情形			
III	无权代理人的责任——无权代理人与相对人的关系			(249)
1	无权代理人责任的要件	2	无权代理人的责任的内容	

IV 无权代理与继承	(253)
1 问题之所在	
2 无权代理人继承型	
3 本人继承型	
4 双方继承型	
5 无权代理人就任监护人型	
17 表见代理 I	(265)
I 序	(265)
II 何谓表见代理	(265)
1 无权代理与表见代理	
2 表见代理制度的基本原理	
3 民法关于表见代理的规定	
III 源于代理权授予表示的表见代理	(267)
1 涵义	
2 要件	
3 空白委托书的滥用	
IV 逾越代理权的表见代理	(274)
1 涵义	
2 权限的逾越	
3 第三人的信赖与正当理由	
V 代理权消灭后的表见代理	(282)
1 涵义	
2 要件	
18 表见代理 II	(285)
I 序	(285)
II 表见代理的射程	(285)
1 与表见传达的关系	
2 与代理权滥用的关系	
3 适用于法定代理的可能性	
III 表见代理的效果	(293)
1 效果归属于本人	
2 无权代理与表见代理的关系	
19 法人总论、法人制度 I —— 设立、内部关系、解散	(295)
I 序	(295)
II 总论——何谓法人	(295)
1 法人与法人格	
2 法人的种类	
3 有关法人的法律规制	
III 法人的设立	(299)
1 有关法人设立的立法主义	
2 公益法人的设立	
3 特定非营利活动法人的设立	
IV 法人的内部关系	(304)
1 社团法人的机关	
2 社团法人的意思决定方法	
V 法人的解散	(305)
1 解散事由	
2 清算	
20 法人制度 II —— 法人的外部关系	(308)
I 序	(308)
II 总论——法人权利义务归属的问题构造	(308)

1	权利义务的归属可能性——法人权利能力的范围	2	权利义务的现实归属
III	基于法人目的的限制		(310)
1	基于目的之限制的定位	2	目的范围的判断基准
IV	理事所为之交易行为与法人的责任		(317)
1	有关理事代理权的问题	2	章程等对代理权的限制
3	基于法令的限制		
V	法人的侵权行为		(321)
1	法人的侵权行为责任总论	2	由理事等人的行为造成的、法人的侵权行为责任
3	机关个人的侵权行为责任		
21	法人以外的团体		(326)
I	序		(326)
II	总论		(326)
1	问题之所在	2	传统的理论
3	类型论		
III	团体的内部关系		(330)
1	组合	2	无权利能力社团
IV	团体的财产关系		(332)
1	社团法人	2	组合
3	无权利能力社团		
V	团体的外部关系		(335)
1	社团法人	2	成员的债务与团体的关系
3	团体的债务与成员的关系		
22	时效总论、时效的完成 I		(344)
I	序		(344)
1	时效的涵义	2	时效制度的构造
II	时效制度的存在理由		(345)
1	保护非权利人·实体法说	2	保护权利人·诉讼法说
3	多元说		
III	时效的完成——取得时效的要件		(349)
1	序	2	事实状态
3	时效期间	4	事实状态的持续
23	时效的完成 II		(360)
I	序		(360)
II	时效的完成——消灭时效的要件		(360)
1	时效期间的长度	2	时效期间的起算点
3	形成权的时效		
III	时效的中断		(367)
1	何谓时效的中断	2	相对人合作情形的中断手段——承认
3	相对人不合作情形的中断手段——请求	4	相对人不合作情形的中断手段——扣押、临时扣押、临时处分
5	时效中断的效果		
IV	时效的中止		(378)

1	涵义	2	时效的中止事由	
24	时效的援用、放弃			(379)
I	序			(379)
II	时效的援用			(379)
1	何谓时效的援用	2	援用权人的范围	3
4	援用的场所	4	援用效果所及之人的范围——援用的相对效力	
III	时效利益的放弃			(387)
1	何谓时效利益的放弃	2	时效完成后的自认行为	
IV	时效的效力——溯及力			(389)
1	取得时效	2	消灭时效	
V	补论——消灭时效的射程及其周边			(390)
1	消灭时效的射程——不因时效而消灭的权利	2	与消灭时效类似的制度	
25	信义则和权利滥用			(397)
I	序			(397)
II	法解释的方法与一般条款的作用			(397)
1	法解释的基本框架	2	一般条款的作用和问题点	
III	依据制定法的裁判与一般条款的作用			(401)
1	一般条款对制定法的具体化	2	一般条款对制定法不完备的补充	3
3	一般条款对制定法的修正			
	判例索引			(409)
	事项索引			(414)
	翻译后记			(427)

法律学的学习意味着什么

I 序

本章作为入门的入门,简单说明所谓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的知识的轮廓,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,经不住该女的百般央求,最终向她许诺说:“给你买公寓房。”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。到底该怎么办才合适呢?

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“给你买公寓房”,那么就可以撤销该约定。在法律上,没有必要答应她的要求。

像这样,“发生了纠纷的时候,看一下法律条文,那里就有答案。所谓六法全书,就是囊括了这种问题的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专家

可是,不知道是幸还是不幸,即使将六法全书全部熟记于心,也决不可能成为法律专家。理由至少有两点:

1 解释的不可避免性 第一条理由,要解决实际问题,仅仅知道法律条文是不够的,或多或少需要对其进行解释。

(1) **原因** 设想出所有的情形并预先准备好条文,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,不是别的,就是法律的解释。

(2) 具体的事例

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,经治疗不愈失明。结果, X 不得不辞去工作,忧郁症加重。一年后自杀身亡。

(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者,负赔偿由此所造成损害之责任。”这里的问题是,在足球比赛中,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”?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,等等。在此,很显然,仅仅知道条文解决不了具体的事件。

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,到现在日常生活已经出现障碍。可是 X 却接受不时来造访的福利团体 Y 的访谈员的劝诱,在将自己的全部财产捐赠给 Y 的契约上签了字。其后,察觉此事的 X 的子女 A,可以采取什么样的法律手段呢?

民法典中,不存在规定此种情形下 X 所订立的契约无效的条文。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,被判定没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,但终归也算是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

如上所述,即使有法律也需要解释,没有法律规定的地方,需要对其进行补充。对于这种法律的解释和补充,判例和学说发挥着重要作用。

① 判例的作用

1 判例的重要性

(1) 在法律专家集团中通用的解释的必要性 关于法律的解释,持什么样的意见都是自由的。可是,无论怎样强调自由,如果周围的人完全不能认可的话,便没有意义。尤其是法律,既然存在着法律专家这样的专家集团,那么在该集团内部是否通用就显得绝对重要。

(2) 〈法院的解释 = 判例〉的重要性 在法律专家集团中通用的解释里,占据特别位置的是法院所作的解释,即判例。无论什么样优秀的意见,如果在法院不能通过,那在实际的事件中就不能胜诉。在这个意义上,判例的立场如何,对当事人来说具有极大的意义。因此,作为法律专家,一定要掌握法院是如何解释法律的。

2 判例的涵义 不过,虽说是判例,它的涵义如何却是一个问题。实际的裁判中,经过调查证据确定事实,以此为前提,在应对当事人的主张的同时,作出具体的判断。可是,并非所有这些判断都是判例。所谓判例,具有规范的性格特征:如果同样的事件发生的话,今后将按照它来处理。从各个裁判中抽出拘束未来裁判的部分,将其用规范的形式定式而成的,便是判例。

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种个人所作的解释。但学说对于整个法体系的形成发展却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:

1 判例的分析和整理 首先,具有将判例予以抽象化、确定化、并加以整理的作用。如上所述,从各个裁判例中抽出判例这项作业本身,是需要判断的工作;加之,也需要说明相互关联的各种裁判例,使之不相互矛盾;为此,也要通过

^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 (27 页以下)讲述。