

从三个纬度看日本民法研究

——30年、60年、120年

[日]大村敦志◎著

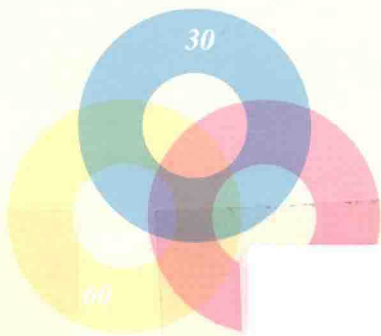
渠涛等◎译

渠涛◎审校

法学名篇小文丛

三つの視点から見た日本民法の研究：
30年、60年、120年

大村敦志（おおむら あつし）



中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

从三个纬度看日本民法研究

——30年、60年、120年

[日]大村敦志◎著

渠涛等◎译

渠涛◎审校

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

从三个纬度看日本民法研究: 30 年、60 年、120 年 / (日) 大村敦志著; 渠涛等译. —北京: 中国法制出版社, 2015.6

(法学名篇小文丛)

ISBN 978-7-5093-6468-0

I. ①从… II. ①大… ②渠… III. ①民法—研究—日本
IV. ①D931.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 130238 号

策划编辑: 潘孝莉 (editorwendy@126.com)

责任编辑: 周庠宇 (zxy7676@126.com)

封面设计: 李 宁

从三个纬度看日本民法研究: 30 年、60 年、120 年

CONG SANGE WEIDU KAN RIBEN MINFA YANJIU: 30NIAN、60NIAN、120NIAN

著者 / (日) 大村敦志

译者 / 渠涛 等

经销 / 新华书店

印刷 / 涿州市新华印刷有限公司

开本 / 850 × 1168 毫米 32

印张 / 6.25 字数 / 115 千

版次 / 2015 年 7 月第 1 版

2015 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6468-0

定价: 25.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 010-66010406

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

译者序

《中共中央关于全面推进依法治国若干问题的决定》是中国今后法治建设的航向标，意义重大而深远，而其中提到的“编纂民法典”这五个字使中国民法学界兴奋不已！民法典的制定是中国几代民法学人怀揣已久的抱负，可以说是民法学人的中国梦！

长期以来，民法典编纂的相关问题一直是民法学研究的热点。当下，各种以民法典编纂为题材的学术活动更是开展得如火如荼。在这样的背景下，我们将大村敦志教授多年来对民法学研究的一些成果翻译成册出版，目的在于为中国的民法学研究，为中国民法典的编纂提供一枚“他山之石”。

正是因为如此，这本以小篇幅论文汇集成册的论文集所收录的只是大村教授浩瀚的民法研究成果中关于立法论研究的精华。其中，有些曾经在国内的刊物上发表，有些则是初次在中国与读者见面。

大村敦志 (OMURA ATSUSHI), 1958 年出生于千叶县; 1982 年在东京大学法学部 (本科) 毕业后直接就任该学部助手; 在完成助手任职后直接留校, 在法学部先后任副教授 (1985 年)、教授 (1992 年), 2010 年开始担任法律实务人才培养专业主任 (法科大学院长)。

在民法学研究方面, 大村教授涉猎的领域极广, 现已出版的专著、合著、译著以及发表的论文和判例评析等成果可谓汗牛充栋; 特别是对新出现的社会问题非常敏感地及时作出极富针对性地深入研究, 例如, 消费者问题, 在日外国人的权利能力与行为能力, 未成年人的法律保护, 成年监护制度设计, 等等。

长期以来, 大村教授的比较法研究对象是法国法。他曾于 1987 年~1989 年作为法国政府奖学金留学生在巴黎第二大学学习, 另于 1999 年~2000 年以“日本文部省在外研究员”身份在巴黎第 2 大学从事研究工作。另外, 他曾于 2011 年~2012 年间先后在哥伦比亚大学和巴黎第 2 大学任客座教授。进入 21 世纪以后, 大村教授开始重视对亚洲法的研究, 其主要研究对象是韩国和中国。在中国的学术活动主要体现在自 2005 年开始参加每年召开的中日民商法研究会 (至今只在 2012 年缺席过一次), 以及于 2011 年 10 月至 11 月间在中国各地进行过的访学。在韩国的学术活动主要体现在 2008 年开始一直担任成均馆大学客座教授,

以及参加各种不定期的学术会议。特别值得介绍的是，他作为主要发起人之一，于2011年促成了由日本私法学会、韩国私法学会、中国民法学研究会、中国台湾地区财团法人民法研究基金会联合成立的“东亚民法研究会”。该研究会至今分别在首尔、东京、吉林延吉、台北分别举办过四次大型研讨会，可期待成为今后东亚民法比较研究中最为重要的平台。

在法律专业学会方面，大村教授曾在日本私法学会任干事，运营恳谈会委员、理事，日法法学会任干事、企划运营委员会委员、理事，法与教育学会任理事长（会长），国际比较法学会准会员，日本学术会议连携会员等。

在社会活动方面，大村教授作为法制审议会的干事，曾在民法部会财产法小委员会、同部会成年监护小委员会、生殖辅助关联亲子法制部会、保险法部会，以及现在的民法（债权债务）部会中参与过相关法律修改等立法工作。此外还担任过不动产登记法部会委员、户籍法部会委员、民法成年年龄部会委员、儿童虐待关联亲权法制部会委员和部会长代理、法教育推进协议会座长、司法考试审查委员、新司法考试审查委员、国民生活审议会委员和该审议会消费者生活部会委员、消费者厅公益通报者保护专门调查会专门委员、东京都消费者生活对策审议会委员、厚生劳动省社会保障审议会看护保险部会委员、文化审议会著作权分科会委员等。

从前面的介绍中可以看到，大村敦志教授既没有读过硕士课程，也没有读过博士课程而是大学本科毕业后直接留校作了“助手”，并在助手任期届满后直接留在东京大学作了副教授，属于纯粹的实力派学者^①。在日本民法学界，历来有东西两大学派之分，即“东”以东京大学为代表，“西”以京都大学为代表。历史上曾有过“东有我妻荣，西有末川博”；“东有星野英一，西有北川善太郎”之说；而作为东西两学派年轻学者的代表现在也有“东有大村敦志，西有山本敬三”之说。由此可见，大村敦志在日本民法学界的地位相当了得！

学者的名气是无法用空穴来风吹出来的，我们衷心期望能够通过这本小集子为我国民法学界了解大村敦志的民

^① 日本法律专业的精英路径并不是从本科到硕士、博士，更没有什么“博士后”，而是大学本科毕业后被选任作“助手”。助手期间除协助教授作学术以及教育的辅助工作外，最重要的任务是必须在任期内完成一篇“助手论文”，而这篇“助手论文”基本须达到博士论文的水准。助手与硕士博士课程的研究生之间的区别，已故星野英一教授在一篇访谈录中作出过最为简明地回答：两者需要做的事情没有区别，即主要是学习和研究，但助手是别人给你钱做，研究生是要给着别人钱做。助手在任期结束后，一般是到其他大学作为副教授就职，留在本校就职的可谓凤毛麟角。另外，日本虽然也是重视学历的社会，但有很多名人都是“大学中退”，即连大学本科都没能修满。然而，这些人“没能修满”的原因并非因个人能力不及，而是在大本期间已经在某一专业领域做得风生水起，或者被国家政府的重要部门选中直接就职。不言而喻，花着钱学习，不如拿着钱做事，况且，即便是修满本科课程，还不是为了找份好工作？而好工作现在就已经可以到手，傻子才会选择继续学习。当然，之所以能够这样，其背景上还有一个日本的“终身雇佣制”，以及行业内对特别人才的特别经历的认可机制。

法学思想和理论提供一点实实在在的资料，同时更希望其中的研究成果能对中国的民法学研究和民法典立法起到应有的作用。

最后，我们衷心感谢在学术出版日渐艰辛的今天，欣然惠允此书出版的中国法制出版社，感谢总编刘时山先生对这本小集子的关注；感谢潘孝莉女士为编辑付出的辛劳！同时，由于我们的翻译水平有限，文中如有错译、误译、漏译之处，敬请各位前辈、同仁、后学给予批评指正。

译者代表 渠涛

2015年2月1日

序 言

本书是以一个民法学者的视角回顾日本民法典制定以来的民法研究史，以期揭示其特色所在。正如本书副标题“30年、60年、120年”所示，本书考察立足于短期、中期、长期这三个节点，而这三个节点又正分别意味着日本民法学的过去、现在、未来。

第1部“日本民法研究的30年”，收录了本人在北京曾作过的4个讲演作为正论，同时增录了3个学术报告作为辅论。其内容是本人过去对民法研究的成果。这部分主要考虑通过展示这30年来本人所关心的问题的推移，揭示日本民法学界这一阶段所关心的问题。副标题“研究的对象”正是出于这一目的所附。

这4个讲演承蒙渠涛教授（中国社会科学院）和韩世远教授（清华大学）惠助得以“近30年来日本的民法研究”为题在《清华法学》2012年第6卷上发表。另外，本人正在计划以这4个讲演为基础，与小粥太郎（一桥大学教授）

共著一本《民法学を語る（谈民法学）》（暂定名）在日本由有斐阁出版社出版。

第2部“日本民法的60年”收录的是关于物权法和继承法的两个讲演稿和一个学术报告。这部分有两层意义：一是为补充第1部涉及的契约、不法行为以外的法领域的研究情况，二是揭示二战后的日本民法特色。

一方面可以看到，战后的日本物权法学曾显示出的一种强有力的趋势是，即便或多或少地削弱交易安全也要保护不动产的利用；而另一方面又可以看到，战后的继承法面临着源于其先天不足——废止战前作为基本形态的“家督继承”，进而以本来仅作为附随性存在的继承形态进行了统一处理——而导致的各种各样的问题。在对日本民法研究中，理解这些“过去”制度的经纬是不可或缺的。正是考虑到这一点，在这一部分的标题上附加了“研究的前提”。

第3部“日本民法研究的120年”，收录的是在上海作过的两次讲演和与之相关的4个学会报告。这两个讲演分别是对日本民法在20世纪的研究和对21世纪的研究进行的总结，两者加起来正好是对日本民法研究120年的总结。

这里所揭示的主要是日本民法学在方法上的特色，故此加上了“研究的方法”这一副标题。

此外，需要对第3部中收录的学会报告的Ⅰ辅论1和Ⅱ辅论3作一点说明。首先，前者聚焦于20世纪日本民法学曾经有过（但最近已经被淡漠了）的对社会问题的高度

关心，旨在提醒人们应该将这一点继承下去。与此相对，后者是在回顾目前只待“临门一脚”的债权法修改工作过程的基础上，阐述本人对解释论和立法论的方法的相关见解。从这层意义上说，这部分是对日本民法学“将来”的展望。

东亚各国和地区的经济文化往来源远流长，很难想象谁能脱离开谁考虑问题。仅就法学领域而言，日本与中国都有自己的固有法（传统法——译者），又同时在继受西方法，而且在继受大陆法的法典化方面也是共通的。两国间就实定法以及法律修改等现状，比以前有了更多的信息共享，学术交流也日益繁荣。可以说，渠涛教授长期以来努力推进的中日民商法研究会在这方面发挥了重要的作用。

当然，为了今后能够从更根本的层面上做到真正的相互理解，恐怕就不能仅限于讨论实定法上的异同。我们一方面需要对其产生的社会背景加深理解；另一方面更渴望能够对于在实定法上有形或无形产生着影响的法学思考模式予以关注。

本书只是在民法学这一有限的领域，从一个研究者个人观点出发就日本法学的实际情况作出陈述的一孔之见。因此，仅通过阅读本书当然不能完全明了日本民法学的特色。但是，如果从日本和中国同样在 21 世纪需要向往实现市民社会这一角度出发，作为“市民社会基本法”的民法

应该在其中占有重要的地位。首先，以这种意义上的民法为对象的民法学的具体情况对于考虑其他领域法学的具体情况会起到参考作用。虽然本书所呈现的不过是我本人的经验和观点，但这里除了我本人之外，理应还体现出了一个时代的民法学特色。进言之，这种民法学的状况还从一个侧面反映了日本社会的情况。

从这个角度说，本书的对象不仅限于民法学者，本人更期待得到更广泛的读者给予的关注。尤其是，如果能够得到肩负明天实现市民社会重任的年轻人的关注，可谓幸莫大焉！

本书收录的小稿均为在中国以民法研究和研习人员为对象的讲演和学会上作过的报告。具体说就是，2011年10月在中国访学的3周里在北京、哈尔滨、大连、上海作过的一系列讲演和2005年自第5届武汉会议以来尽可能多地参加过的中日民商法研究会上作过的报告。这些讲演和学会报告均得到了渠涛教授的关照，口译和笔译基本上也都是由他安排的。此次能将这一系列的讲演和学会报告编辑成册也是完全仰仗渠教授之鼎力惠助所赐。在这里请允许我对渠教授多年来给予的友情、照顾、帮助表示衷心的感谢！

此外，本书得以成行还需要感谢诸多位前辈、同仁和朋友。首先要向以梁慧星（中国社会科学院）为首的中日

民商法研究会表示感谢，感谢各位在我每次参会时给予的多方照顾。其次，衷心感谢在我于2011年10月在华访学时惠赐关照的刘凯湘教授（北京大学），姚辉教授（中国人民大学），韩世远教授（清华大学），董惠江教授（黑龙江大学），翟云岭教授（大连海事大学），段匡教授（上海复旦大学），季卫东教授和顾祝轩教授（上海交通大学）。还有，其他给予过我帮助的各位，在此一并表示感谢！

最后，衷心感谢在学术出版日渐艰难的今天为此书出版付出辛劳的中国法制出版社总编刘时山先生和具体负责编辑工作的潘孝莉女士。

大村敦志谨识

2015年元旦

渠涛译

前 言

日本民法近 30 年来，以 1998 年时逢日本民法典实施 100 周年为节点，其前后的主流研究从解释论转向立法论，并分别通过单行法立法和民法典修改对现行民法制度进行了大规模改造。特别是现在进行中的债法修改更是欲对日本民法进行可谓脱胎换骨的改造。本文正是以日本民法急剧变动的历史为背景，结合自身研究对日本民法学这段历史的立体素描。

本人从东京大学法学部毕业后进入民法研究世界是在 1982 年，今年正好满 30 年。关于近 30 年日本民法的研究动向，我曾经在 2010 年刊行的日本的杂志上对其特征做过总结^①。这次来中国有幸得到几次作报告的机会。

^① 参见：拙文“民法の 30 年 + 30 年 - 变化する法典と法学”，载《法学教室》2010 年 10 月号。

会^①，我也想借此回顾一下自己30年来的研究历史，将自己研究过的问题分几个题目归纳总结并做进一步的探讨。当然，我个人所涉猎到的研究课题是有限的，自己的研究历程绝不能概括这30年日本民法学历史的整体。但是我想，通过考察一个学者在30年研究生活中曾对什么样的问题抱有过兴趣，或者可以看出这30年日本民法学界历史的一个侧面。

我本人主要的研究领域，按照所展开的先后是契约法、消费者法、亲族法、民法总论。从民法的体系考虑，本文将这次在北京作过的四个报告，以民法总论、契约法、侵权法、亲族法为序依次排列，作为我30年来对民法研究的些许感悟报告给中国学界，期望能够以此为契机，与中国的同行们展开更深入的交流。

渠涛译

① 本人于2011年10月在中国作短期学术访问。期间，有幸先后在中国社会科学院法学研究所（10/11）、中国人民大学法学院（10/12）、清华大学法学院（10/14）、北京大学法学院（10/16），分别就“民法典的意义、对象、编成”，“‘人法’的重构与不法行为法”，“契约正义与公序良俗·典型契约”，“婚姻家庭与非婚姻家庭”作过学术报告。这些报告在准备阶段即考虑到了体系性，现将其作为一篇归纳整理。另外，想借此版面，向为我安排各个报告机会的孙宪忠教授、姚辉教授、韩世远教授、刘凯湘教授和马亿南教授以及渠涛教授等各位表示衷心感谢！特别是这次承蒙渠涛教授在百忙中为我每次的报告以及本文做翻译工作，深表谢意。

目 录

第一部分 日本民法研究的 30 年

——研究的对象

I . 正论：民法典的意义、对象、编成 / 3

一、引言 / 3

二、民法典的对象与编成 / 4

三、民法和民法典的意义 / 8

四、结语 / 12

I . 辅论：“关于民法与民法典的思考”及其之后所想到的问题 / 14

一、引言——题目的选定及其内容 / 14

二、“关于民法与民法典的思考”的整体内容 / 15

三、“关于民法与民法典的思考”的具体内容——民法与民法典的各种形态 / 17

四、“民法与民法典的思考”论文之后的研究 / 23

II . 正论：“人法”与不法行为法的重构 / 27

一、引言 / 27

二、何谓“人法” / 28

三、从不法行为法看“人法” / 33

四、结语 / 36

II . 辅论 1：日本债法修改与不法行为 / 38

一、引言 / 38

二、置于债权编之内——作为债权发生原因的不法行为 / 39

三、置于债权编之外——作为救济方法的不法行为 / 41

四、结语 / 44

II . 辅论 2：日本民法中的“身心”与“生活”

——以“人格”与“人身”作为对接“人法”的
线索 / 46

一、引言——成年监护制度 10 周年 / 46

二、作为课题的“人” / 47

三、“人”的领域 / 48

四、“人法”的构想 / 53

五、结语——发现“人法” / 54

III . 正论：婚姻家庭与非婚姻家庭 / 56

一、引言 / 56

二、家庭法的研究——以《家族法》一书为中心 / 57

三、家庭法的立法——2011 年亲权法修改之前 / 61