

◎ 郑永哲 金洪亮 / 著

日本

民法精要

关于民法的法源。法源是法官进行审判的基准。在宪法上明确规定了法官只受宪法及法律的约束。可以说这里所说的制定法即民法和民事特别法，属于法源。

■ 吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

日本民法精要/郑永哲,金洪亮著.
— 长春:吉林人民出版社,2007.12
ISBN 978-7-206-05493-8

I.日… II.①郑… ②金… III.民法—研究—日本
IV.D931.33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 205046 号

日本民法精要

著 者:郑永哲 金洪亮

责任编辑:李艳萍

封面设计:张 娜

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:长春税务学院印刷厂

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:10.25

字数:260 千字

标准书号:ISBN 978-7-206-05493-8

版 次:2007 年 12 月第 1 版

印 次:2007 年 12 月第 1 次印刷

印 数:1-1 000 册

定 价:30.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

绪 论

日本民法典是 1898 年开始实施，是继受法国和德国民法典的产物。所以，从法典的构造来看，它是法国法和德国法的混合。日本民法典颁布后没有经过什么大的修改，至今基本维持其本来面貌。当然，中间也有一些小规模修改，而且还通过制定大量的特别法对民法典进行了实质性修改，但是，日本民法典的基本大法这一地位基本没有动摇。纵观日本民法典实施的一百多年间，在二战结束后，只是对亲族与继承两篇进行了重大的修改，但日本民法典的体系则基本没有任何改变。因此，我们要用整体和俯视的观点，来看待和研究日本的民法典和民法理论。对此，我们应首先搞清楚以下几个问题：

一、民法与民法学

有些人认为，只要有民法的条文，就可以对应任何纠纷，这样的想法是幼稚的。对各项具体的法律条文及法律制度，如果法院在审判时不能引用、并且不能作任何参考，那么这些法律条文及法律制度就无法适用，尤其是日本民法典，由于它的大部分是从欧洲借鉴的，在借鉴的当时，介绍这些法律制度及理论是非常必要的，否则，将无法理解和适用这些借鉴来的民法典。由于欧洲的民法制度渊远流长，因此对当时最先进的民法成果的内容进行研究是重要的，因此，在这个时期，民法学把主要的方向放在了对欧洲民法典内容的研究上。后来，由于法院对民法的适用已经非常熟悉，在学术上只是对外国法的直译已经远远不够了，尤其是第二次世界大战

后的民法学，不只是停留在将一直作为主流的“民法解释学”即对民法规范所应有的意义进行解读^①，而进一步用实态的解释或变化的法则及“法社会学”的手法和角度来进行研究。

二、民法的法源

对“法源”这一单词有各种各样的说明方法，也可将其改称为法的存在形式。这里所讲的“法源”不是指为认识法而使用的素材，而是专指法的源泉，即直观看到了才认识或者知道什么是民法，应从这个意义出发来理解什么是“法源”。

由于日本是采用制定法（成文法）的国家，国家制定的民法典及其他法规范成为法源的中心，而且在一定的条件下，习惯也可以具有与“法律相同的效力”（法例第2条）。对于判例，也有学者将其看成是法源，因为最高裁的判决对公民及社会的生活有重大影响。关于学说（条理），由于对裁判和立法也有一定的影响力。因此，有很多学者认为学理和判例虽然有一定的影响力，但从严格的意义上说，仍不能将它们看成是法源。能成为法源的有以下几种：

（一）日本民法典

日本民法典于明治三十一年（1898年）实施，这是最重要的也是最基本的民法法源。

（二）其他民法法源

1. 特别民法

民事特别法对民法的补充、修正^②，例如：

（1）民法上有规定，但在手续上对如何办理等问题由于不能一一进行规定，为此，另外制定了重要的特别法。如《不动产登

① 星野英一“法国民法带给日本民法典的影响”《民法论集第一卷》（有斐阁1970年）69页以下。

② 加藤雅信主编《民法学说百年史》（三省堂，1999年）1页。

记法》及《户籍法》等。

(2) 在不动产的借贷关系方面制定了《租地租房法》。

(3) 关于利息方面则制定了《利息限制法》、《出资取缔法》、《钱庄规制法》等。

(4) 关于担保方面的特别法也很多。如，《工厂抵押法》、《汽车抵押法》、《建设机械抵押法》、《假定登记担保契约法》、《质押营业法》、《农业动产抵押法》、《身份保证法》等。

(5) 关于损害赔偿方面也有很多。如，《失火责任法》、《国家赔偿法》、《汽车损害赔偿保障法》、《制造物责任法》等。

(6) 关于新设的成年后见制度有《任意后见契约法》、《后见登记法》等。

(7) 另外，虽然不能说是民法特别法，但在法律中也含有民法法源的内容。如，《信托法》、《农地法》、《劳动基准法》等。

2. 习惯法

对某一事项或争端，用一定的解决方法来进行解决，而且这种解决方法被反复应用，因此人们将其认为是一个规范性的东西。在这种情况下，作为国家，为了回应人们的要求而承认它的法源性时，即成为习惯法。在不断发展的社会生活中，总会有最新生成的惯行与习惯，比如，未登记的夫妻，与法律婚主义相悖，即使是这样，现在仍然承认它的效力。因此对一定的惯行与习惯在肯定它的法源性时，要通过一个个现象来进行全面的判断。

3. 条理（学说）

对事物理性的、客观的、或有良识的判断基准叫做条理。在明治时期的太政官布告中曾有这样的规定：在有制定法及习惯的情况下，条理是审判的基准。直到今日，在审判中不可能无视条理^①。因此，有的学者将条理认为是最根本的法源。另外，条理通过审判而显现，又有学者认为它不是直接的法源。

①（日）山本敬三著，解亘译《民法讲义I》北京大学出版社2004年3页以下。

4. 判例

判例能否成为法源，与条理一样有着争论，特别是在日本，一旦最上级审法院下达判决后，并没有采取如果不通过法律就不能变更判决的先例拘束主义，因此，将判例与制定法和习惯法同列为法源是不妥的。但是，由于在判例中包含着一般的准则^①，先例被后日的法院承袭的可能性很高，特别是在审判的统一化机能中，最上级审法院的判决在事实上对社会生活具有很强的影响力。到最近，将判例视为是法源的一种的学说的影响力在增大，持有这种观点的学者也在增多。

三、民法的基本原理及对它的修正

古典市民法的“绝对的所有权”、“契约自由”和“过失责任”三大原则，对近代资本主义的发展从法的侧面进行了保障，并起到了巨大的作用。但是，在它的发展过程中却充满了矛盾和弊端，因此对基本原理的修正也提到了议事日程上来，表现在：

（一）对所有权的“绝对”的修正

对私人所有权的绝对的放任，极易发生贫富分化及社会的不公正。因此，开始出现了对私人所有权的限制及一定范围的禁止。而废止私人所有则是不可能实现的梦想。因此，为防止个人所有权的绝对化，民法典确立了“权利滥用的禁止”原则，从而对个人所有进行了一定的制约。到了现代，则更进了一步，为了社会的公共利益，对私有财产如果给予正当的补偿，就可以进行征用（《宪法》第95条第三项）。但是，日本在土地所有权的私权性的问题上，它的私权性仍然非常强烈，仍然处于缺乏社会性与公共性的状态下，根本谈不到政府能合理的征用，这一点是不能否认的。

（二）对契约自由的修正与变化

契约自由的原则是从近代社会的“人人平等”原则中衍生出

①（日）山本敬三著，解亘译《民法讲义I》北京大学出版社2004年3页以下。

来的，但如果对自由绝对放任，很容易产生社会的不公正，会产生只是强者对利益享受的自由，而经济上处于弱者的劣势地位的人，则被排除在享受利益之外。因此，在法律的解释及立法上，对它的修正一直在进行着。

（三）对过失责任的修正

无论使他人遭受多大的损害，如果没有故意或过失即主观过错的话，是不能进行赔偿的，这就是主观过错的观点。这种观点，由于社会的发展，使企业应该承担损害赔偿的范围变得非常狭小，不能对应日益突出的大型灾害事故的处理。因此，到了现代对“如无过失，即无责任”的修正也提到了议事日程。比如，出现了“无过失责任的法理”，制定了“制造物责任法”等，这样的理论和法规就属于是对过失责任的一种修正。

四、民法的解释

（一）民法解释的方法

以制定法的解释为原则，应该注意：

1. 首先是对法律条文的字义进行解释（文理解释），但只是将文字用一般性的说明是不够的，而且需要在法律上将其独自的意义进行解释。比如，善意与恶意、无效、取消、解除等。

2. 只对现存的条文进行解释也是不够的，还要看立法者处于什么目的而规定的，因此，一定要查阅立法资料，要对立法者的真意进行解释。同时，也不能将其看成是唯一的、绝对的解释。更重要的是对现存的法的客观的目的，即对“目的论”进行解释。

3. 对法律条文的评价上有“扩张解释”或“缩小解释”。比如，在侵害生命的案件中，对抚恤金有请求资格的人是“被害者父母、配偶及子女”（第711条），而以外的人则没有资格，这是一种一般解释。但是，如果也将这些以外的人（如，祖父母、孙子和兄弟姐妹）判断为有资格の場合，则就是对该条进行扩大解释。

4. 要特别注意判例、学说上的“类推解释”与“类推适用”。比如，A 和 B 经过密谋，签定了虚假契约，在法理上称为虚伪表示。根据民法第 94 条第二项的规定，如不知情的 C 从虚伪的卖主手里买到了物品，这时，A 或 B 不能以买卖无效进行对抗。反之，A 在 B 不知情的情况下，将自己买的土地在登记时写上了 B 的名字，后来 B 偶然得知此情况，又将该土地卖给善意的 C 的场合，C 是否需将土地还给 A？由于 A 和 B 之间不是密谋，也不是虚伪的买卖关系，判例与通说认为，应借用民法第 94 条第二项规定，保护善意的 C。这就是类推适用的代表例。

（二）根据民法典进行民法解释的基准

这在明治民法典中是没有的。现行民法典规定：“本法尊重对个人的尊严及男女在本质上的平等，应以此原则进行解释”（第一条第二项）。在增加这个条文的当时的日本，是为了克服二战前个人的地位被埋没，以及长期以来男女地位的不平等，而且二战结束后广大民众强烈要求自由平等，并强烈要求改变这一状况的情况下而增加的这一规定。日本在二战后，首先在宪法上对此进行了规定（第十三条、十四条），而民法则只是宪法的具体体现。自从增加了这一条款以来，对个人的尊严及男女两性的平等起到了很好的作用，在劳动契约等财产法中也有体现。但直到今天，男女地位的完全平等可以说尚未完全实现，这表现在其他法的分野中，如，“雇佣机会均等法”等。因此，在对民法典内部，尤其在关于亲族、继承两篇的解释时也应注意这个原则。

内容提要

本书的主要内容是：日本民法总则、物权法和债权法总则。

总则部分，规定了成为法所调整对象的生活关系，就是法律关系。这个法律关系包括作为个人的生活关系，比如衣、食、住、行的财产关系和夫妇、父子等的身份关系。还包括国家和公共团体之间的内部、国家与公共团体之间的关系。民法所调整的对象是私法关系。而国家与公共团体的关系则由公法来调整。民法所要调整的对象虽然是私法关系，但也不是全部。民法只是作为私法的一般法，而且还存在与民法有关连的各种特别法。

关于民法的法源。法源是法官进行审判的基准。在宪法上明确规定了法官只受宪法及法律的约束（宪法第76条3项）。可以说这里所说的制定法即民法和民事特别法，属于法源。

关于私权的社会性问题，日本民法典第一条一项规定了私权必须符合公共的利益，这个规定表示出了私权的社会性，即私权的行使是实现私权的内容即社会生活上的利益。在现行法律之下，应包括自然人和法人。它们都是民事法律关系的主体。自然人，即个人无论是谁都有平等的权利能力。对于个人，无论男女老幼、无论智能体力如何，都是平等的权利主体。人格的自由是以这样的完整的权利能力作为前提的。民法规定所有的人（自然人）从出生到死亡，无论处于什么精神状态、肉体状况下，都有权利能力。

日本民法典还规定了限制行为能力人制度，它一方面是为了保护意思能力欠缺的人，另一方面是为了保护买卖对方。

法人是自然人以外的在法律上享有权利承担义务的主体。它的

实体是社团，即在一定的目标下而集合起来的人的团体。比如，财团是财产的集合体。法人在社会生活中的意思能力通过代表机关的行为而进行。怎样理解法人的本质，在学说上有法人拟制说、法人否认说、法人实在说等。法人所享有的权利，不只限定在财产权上，而且还包括每个人的人格权上的各种权利。

在我们生活的社会关系中，根据法律来调整的部分，就是法律关系。民法是由权利义务的法律关系所构成。从当事人来看，法律关系的变动表现在权利的取得、变更和丧失。因此，法律行为就是指民事主体设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。从当事人来看，法律关系的变动表现在权利的取得、变更和丧失。因此，法律行为就是指民事主体设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。也可以称其为“私权自治的扩大”和“私权自治的补充”。

法律行为的无效，是指当事人所期望的法律行为的效力，在法律上当然从开始不发生法律效力。无效与撤销都是法律行为欠缺实质性的成立要件，因此该行为不受法律的保护。

时效是一定的事实状态持续了一定的期间之后，无论该事实状态与真实的权利义务关系是否一致，而直接承认其效力的制度。

物权法部分，规定了物权是“对一定的物直接的支配、享受排他性利益的权利”。物权的客体，必须是特定的物，而且必须是一个物，即一物一权。直接支配，是指物权人不由他人的行为为媒介，而是以自己的意思来进行。物权人享受利益的内容根据物权的种类不同而不同。另外，物权是对世的绝对的权利，而债权是对人的相对的权利。物权人根据物权的种类来支配，对外承认其法律上的效力，所有的物权有共通的效力即称为“通有的效力”或“一般的效力”。在这些效力中最主要的是“优先的效力”和“物权的请求权”，它们是根据物权所具有直接的、排他性的支配权而被承认的。

占有权是指在对物进行事实上的支配时，与观念上的权利

(本权)是不同的,它只是对现实的状态进行保护。占有权是以对物的事实支配作为内容的物权的一种,作为原则只要占有的状态持续的存在,就要承认它的权利。所持是指对物的事实上的支配,不一定是物理学意义上的把持,而是在社会的观念上承认一定的人对一定的物有事实上的支配关系即可。占有的状态包括自主占有与他主占有、善意占有与恶意占有、有过失的占有与无过失的占有、瑕疵占有与无瑕疵占有等。日本民法典中,对所有权的内容进行了规定,其在法令所限制的范围内,对客体可以进行自由的使用、收益和处分。而且,为保障所有权的绝对性,对侵害所有权的完全的状态,或对所有权的侵害具有一定的危险性时,可以对正在进行的侵害或将要发生的侵害请求排除侵害或预防侵害,并且承认其有物权的请求权。它包括无主物先占、拾得遗失物、发现埋藏物。

日本民法典上的用益物权包括地上权、永佃权。地上权,是指使用他人的土地的物权。持有该权利的人称为地上权人。地上权是为一定的目的而使用土地,作为他人土地上的权利,地上权是不动产物权的一种。永佃权是支付土地费后在他人的土地上排除地上权的对象(即树木等),用于耕作或栽培植物或以畜牧为目的而使用他人土地的限制物权。但是,大多数是为同一目的而使用他人土地的租赁关系。

法定担保物权包括留置权、优先权。留置权是占有他人物的人,对关于这个物而发生的债权,直到偿还为止,对这个物进行留置。它是为偿还债务而作的间接的强制性的担保物权。优先权是根据法律的规定,有一定债权的人对债务人的财产(根据优先权的种类有一般财产、特定的财产或特定的不动产),优先于其他债权人而获得清偿自己债权的担保物权。

质权是指债权人(质权人)为了担保债权从债务人或第三人手中得到物(或权利),并将其留置,以此对债务的清偿进行间接的强制同时,如不能得到清偿时,就从那个物(质物)得到优先受偿的约定担保物权。质权人直到被担保债权全额清偿为止,可以

留置质物。质权人的债权，如果债务人不能清偿时，可以从质物中得到优先受偿。这个方法以民事执行为原则。

抵押权是对物的担保，是对目的物不转移占有的非占有担保物权，这是它主要的特点。他与质权，即将目的物转移到担保权人之处是它的成立要件形成鲜明的对比。抵押权的存在作为原则必须根据登记而进行公示。这是为了防止一般债权人由于抵押权而受到损失，另外，抵押权本身的公示目的，也是为了防止因未登记或由于其他优先权而遭受损失，更为重要的是，为了社会经济的安定。如果反过来说的话，只要是能进行登记公示的所有的物，都可以设定抵押权。抵押权是债权人与目的物的权利人即债务人及第三人，根据契约而设定的，这个契约可以是诺成的、不要式的契约，抵押权人是债权人，设定人是债务人或第三人，这个第三人称为物上保证人。

特殊抵押权包括最高额抵押权、动产抵押和财团抵押与企业担保。最高额抵押权，是指一定范围的不特定的债权，在最高额限度内，为了担保而设定的抵押权。由于当初日本民法典对此没有特别的规定，因此，对最高额抵押权的性质与内容存在很大的分歧，直到1971年日本民法典增设了最高额抵押权的规定后，争议才算结束。动产抵押主要是对动产以非占有担保的方式，给企业调拨资金提供方便。在日本有商法上的船舶抵押，并规定了一系列的特别法，如农业动产信用法、汽车抵押法、航空器抵押法、建设机械抵押法等等。企业为了经营，就需要进行贷款而获取资金，如果对组成企业的财产（包括土地、建筑物、机械、知识产权等）能一起提供为担保的话，则会对经济的发展和企业的发展，提供有力的保障。但是，如果根据《民法典》规定的担保，即一物一权主义，是不太可能的，因此，制定了很多特别法。根据特别法，如《铁路抵押法》、《工厂抵押法》、《矿业抵押法》等，由于对企业财产可以进行统一的价值把握，并可以此进行抵押，为此，将其称为财团抵押。之后，又制定了《运河法》、《渔业财团抵押法》、《汽车

交通事业法》、《港湾运送事业法》、《道路交通事业抵押法》、《观光设施财团抵押法》等法规，因此，而产生了各种财团抵押制度。

民法典规定的担保物权，特别是抵押权与质权，被称为典型担保。而在民法中虽没有规定，但却作为物的担保而起作用的则称为非典型担保。典型担保称为法定担保、正规担保，而非典型担保称为法外担保、不正规担保。转移担保，这是从过去开始就一直存在的非典型担保，而且直到现在，仍未在制定法上有明文规定。假定登记担保，本来是代替清偿的预约或者买卖预约时而使用的债权担保，在一九七八年制定了特别法，使其成为制定法上存在的担保。

债权总论部分，规定了债权法一般有三个特殊的性质，它是根据比照物权法及身份法而存在的，它不是绝对的、不变的，而且在债权法内部各领域中也并非同一的，而且一定要注意，它是随着经济社会的发展而不断发展和变化的。它具有任意法规性和普遍性。

债权是特定的人（债权人）对其他特定的人（债务人）要求其进行一定行为的权利，义务人通过他的行为而使权利人享受各种利益。债权是能够请求债务人进行一定的行为，因此它的目的就是债务人的行为，这个行为可以称之为“给付”。因此，给付是债权的目的或债权的客体。它包括作为给付与不作为给付、代替给付与不代替给付、可分给付与不可分给付及一时给付、回归的给付、持续的给付等内容。

现代法律，已经肯定了债权的不可侵性。因此，如果发生了侵害，就要发动债权对外的效力。但它在什么程度，什么范围内可以行使，这是一个非常重要的问题。作为第一个救济手段，第三人债权的侵害是不法行为时，债权人可以对第三人请求损害赔偿。这时，如果债务人本身具备了债务不履行的要件时，应与第三人共同承担责任。但是债权作为原则由于没有排他性，因此一定要注意其违法性的要件。

责任财产的保全包括代位权与撤销权。代位权是债权人 A 为保全自己的债权，只有在必要的场合下才能行使的权利。这就是 A

对债务人B所持有的权利如不行使，就可能使自己的债权得不到满足，这里需要的要件是B无资力，也称为无资力要件。根据判例及多数说，债权人的撤销权（以下略称为撤销权），是由于诈害行为而发生的效力，具有称为撤销的形成权的性格，还含有对已出让的财产要求收回的请求权的性格。

多数当事人的债权关系是指以一个或同一给付为目的的债权关系中，债权人或债务人有数人的场合下，称为多数当事人的债权关系。

债权及债务主体的变更，既有丧失同一性的情况也有不丧失同一性的情况。债权转移与接受债务属于前者，更改属于后者。保持同一性是指债权及债务内容不发生变更。

债权转移是A对B持有的债权，根据契约由A向新债权人C进行不丧失同一性的转移。B对A的债务，在不丧失同一性的情况下，根据契约（契约的接受）向D（接受人）转移，B（旧债务人）则从债务中解脱出来，这称之为本来的债务的接受或免责的债务接受。

在民法典上对债权的消灭原因作了规定，在第四十四条以下规定了清偿、代物清偿、提存、抵销、更改、免除、混同等七个原因。但债权的消灭原因不只是这七个，还有：由于达到目的而消灭、由于目的达不到的消灭和权利由于一般的消灭原因而被消灭等等。

以上只是对本书内容作一简要的介绍，希望读者通过阅读本书，能掌握日本民法理论的基本脉络，并能举一反三，不断反思中国民法理论中的有关问题，如果能为中国民法理论的不断发展和起到抛砖引玉的功效，将不胜荣幸。

目 录

绪 论	1
-----	---

总 则

第一章 人	3
第一节 权利能力	3
第二节 行为能力与限制能力人	4
第三节 宣告失踪与宣告死亡	16
第二章 法 人	19
第一节 法人的分类	19
第二节 法人设立	21
第三节 法人能力	22
第四节 无权利能力的社团	26
第五节 没有权利能力的财团	27
第三章 法律行为	28
第一节 法律行为自由及内容	29
第二节 法律行为的目的	33
第三节 意思欠缺	38
第四节 有瑕疵的意思表示	43
第五节 意思表示的到达	45

第四章 代理	46
第一节 概 说	46
第二节 代理权	49
第三节 代理行为	52
第四节 无权代理	54
第五章 无效及撤销	59
第一节 无 效	59
第二节 撤 销	61
第六章 条件与期限	66
第一节 条 件	66
第二节 期 限	68
第七章 时 效	71
第一节 与时效有关的制度	72
第二节 时效的取得	77
第三节 消灭时效	79

物 权

第八章 物权法总论	85
第一节 概 说	85
第二节 物权的效力	88
第三节 物权的变动	91
第九章 占有权	107
第一节 概 说	107
第二节 占有权的取得	110
第三节 占有的效力	112

第四节	占有权的消灭·····	117
第五节	准占有·····	118
第十章	所有权·····	119
第一节	土地所有权与相邻关系·····	119
第二节	所有权的取得·····	124
第三节	共有·····	127
第十一章	用益物权·····	132
第一节	地上权·····	132
第二节	永佃权·····	136
第十二章	法定担保物权·····	138
第一节	留置权·····	138
第二节	优先权·····	141
第十三章	质权·····	148
第一节	概说·····	148
第二节	质权的效力·····	151
第三节	各种质权的特别规定·····	153
第十四章	抵押权·····	156
第一节	概说·····	156
第二节	抵押权的设定·····	158
第三节	基本的效力·····	159
第四节	抵押权与利用权的关系·····	167
第五节	抵押权的处分·····	171
第六节	抵押权的消灭·····	174
第十五章	特殊抵押权·····	175
第一节	最高额抵押权·····	175
第二节	动产抵押·····	182