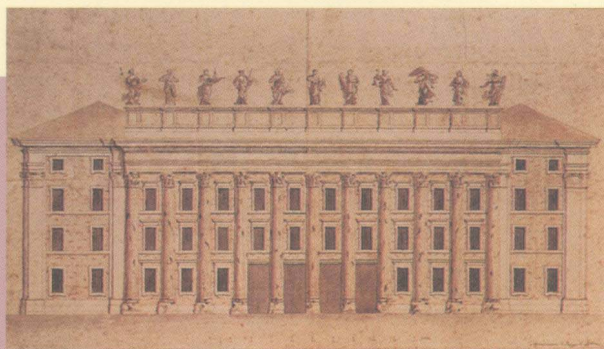


学精品
教科书译丛

民法讲义 I

总则 (第3版)

〔日〕山本敬三 著
解 亘 译



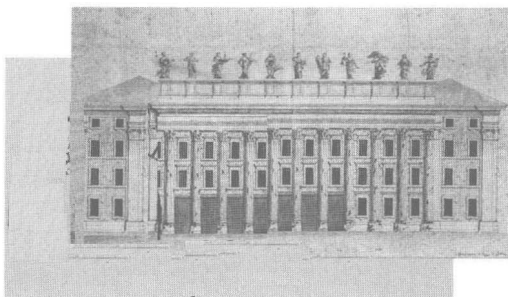
北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法学精品教科书译丛

民法讲义 I

总 则 (第 3 版)

〔日〕山本敬三 著
解 亘 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号：图字 01-2011-8065

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.—3版.—北京:北京大学出版社,2012.6

(法学精品教科书译丛)

ISBN 978-7-301-20618-8

I. ①民… II. ①山… ②解… III. ①民法-总则-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 091927 号

版权声明

民法讲义 I 总则(第三版) 山本敬三 著

有斐阁 2011 出版 中文简体字版根据合同由甲方授权出版

MINPOU KOUGI I SOUSOKU DAI 3 PAN

Written by KEIZOU YAMAMOTO Copyright © KEIZOU YAMAMOTO 2011

Simplified Chinese translation copyright © Peking University Press. 2012

All rights reserved

Original Japanese language edition published by YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD.

Simplified Chinese translation rights arranged with Peking University Press.

and YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD. through NISHIKAWA COMMUNICATIONS CO., LTD.

书 名: 民法讲义 I 总则(第三版)

著作责任者: (日)山本敬三 著 解 亘 译

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978-7-301-20618-8/D·3117

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 35 印张 657 千字

2004 年 6 月第 1 版

2012 年 6 月第 3 版 2012 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 62.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

第三版中文版序言

自本书初版在日本刊行以来,已经经过了11年的时光。如本书第2版序言和第3版序言所述,其间日本围绕本书的状况发生了很大的变化。

首先,2004年在法学部(4年制本科)之外,新增了法科大学院制度(2—3年制)。以往的本科教育,可以说是将培养法曹(法官、检察官和律师)的教育与培养拥有法律素养之一般性人才的教育融合在一起开展的。而法科大学院是以培养法曹为目的的制度。在法科大学院所开展的教育,较之于以往的法学部培养法曹的教育,无论在理论上还是在实践上都有了更高的要求。这种制度的导入,导致法学教育的重新编成,用于法学教育的教科书也受到影响。在本书第3版中,“以阐明民法规范的涵义和构造这样的观念为基轴,从这种观点重组了说明的方法和顺序”,试图与所谓的要件事实论——在确定发生一定法律效果之法律要件的基础上,旨在阐明有关构成该事实之主张、举证责任的所在以及应当由当事人提出之攻击防御方法的配置(请求原因、抗辩、再抗辩等)的理论——对接,便是缘于这样的背景。

其次,日本民法典发生了很大的变化。2004年日本民法典被白话文化,但仅仅是将用语、记述置换成平易的白话文,内容并没有大的变化。然而,大致从那个时期开始,针对民法典的一些具体制度被大幅修改。例如,2003年的担保法修改,2004年的保证法修改,2006年的法人法修改。再者,自2006年起以债权法为中心开始了从根本上修改民法的作业。至2009年,以民法学者为核心的民法(债权法)改正检讨委员会发表了《债权法改正的基本方针》。其后,法务省于2009年11月在法制审议会内设置了民法(债权关系)分会,此项工作正朝着修改民法的方向推进。虽然修改的时期尚未确定,但现阶段的目标是2014年向国会提交修正案。此次修改的对象是债权法(无因管理、不当得利和侵权行为除外)为中心的部分,但本书讲述的对象法律行为和时效也包含在内。为此,为了阐明日本民法现在所处的状况,本书第3版尽可能地触及此次民法修改的动向。

本书的中文版得到了不少读者的好评,这实在令人荣幸。我本人在遇到中国的学者和学生时,常常切身感受到大家是通过本书知道我的名字的。想到书籍以该国的语言刊行将蕴含怎样巨大的含义和力量,再想起其内容可能会影响到很多人,就经不住再次正襟危坐。祈愿本书第3版能够经得起中国读者严谨的挑剔。

较之于本书的初版,第3版在多处作了大幅度的修改,几近新作。而且分量

也大幅增加,还使用了很多复杂的图表。虽说是改订版,但多数地方都不得不重新翻译。不难想象,本书第3版的翻译需要怎样的辛劳。对初版以来持续承受翻译之劳苦的解亘氏的感谢无以言表!此外,也向承接这样的特点突出、违反常态之书籍的改订版出版的北京大学出版社表达深深的谢意!

山本敬三

2012年4月2日于京都

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就此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,便成为其前提。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。没有中日两国的无数先知的积累,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作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。可以想象,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

第3版序言

本书第2版刊行至今已经过了六年。其间,特别是《2006年法人法》修改,之前《民法总则》中设置的法人规定多被删除,新制定了一般社团法人法和一般财团法人法。本来,有必要立即改订本书的,一直拖延到今天的最大原因,如第2版序言中也曾预告的,笔者感到有必要根据其间围绕法学教育之状况的变化修正本书的基本构想。2005年秋,作为“试验作品”出版了本书的姊妹篇《民法讲义IV-1 契约》,尝试着呼应要件事实论。但在该书中是否充分实现了分析作为目标之“民法规范的构造”(同书序言ii页)这个目标呢?笔者一直没有确信。而且,其间面向民法(债权关系)修改的动向急剧加速,我本人也为此项准备工作花费了大量的时间和精力。此项工作的收获大得难以计算,到开始着手改订本书为止,其间花费的时间超出预料。然而,这些负担对于许多同辈的同仁来说完全相同,因此只能说这完全是因为自己的怠惰和优柔寡断。在此,对期待本书的各位读者表示诚挚的歉意。

除了应对其间以法人法的修改为代表的诸多法律的制定或者修改外,本书还着力于跟踪新出现的最高法院判例。此外,关于民法修改的动向,虽然其方向尚未确定,本书以我本人参与的立法提案为线索,只要是与本书的内容相关的都尽可能地指出存在的问题。然而,此次的修订,不仅是像这样更新本书的内容,另外还尝试在内容和形式两个层面都修正本书的思想。

首先,关于内容层面,以阐明民法规范的涵义和构造这样的观念为基轴,并以此观念重组了说明的方法和顺序。具体来说,就民法上的各项制度,尽可能明确地分析为制度预定的权利构建基础的规范是什么,构成排斥这种权利之依据的规范是什么,并尝试揭示各个规范的要件内容。如上所述,即使在《民法讲义IV-1 契约》中也已经意识到如此分析的必要性,但在结果上该书却将重点放在了要件事实上。可是,详细内容如[《要件事实、规范构造分析的意义及本书中表格的读法》](本书xix页以下)所述,要件事实不过是通过阐明这种民法规范的涵义和构造而派生地推导出来的产物。既然核心是民法规范的涵义和构造,那么作者认为将其推置前台才有助于理解其中真正的问题。本书以上述观念作为基轴,正是出于这样的考虑。

此外,在内容层面的修正,还包括对Comment的扩充。如本书初版序言中也曾提到的,之前本书“在多数场合不发表自己的见解,而只限于客观整理研究状况”。这是因为,“对于实际的问题,本书试图提供给每个人作出判断、展开研

讨的线索”。虽然并未觉得有必要大幅度地变更这一观念,但有很多针对本书的意见都认为,给出我本人的意见可以提供“用以展开研讨的线索”。笔者认为该意见非常中肯,为此在本次改订之际在 Comment 中揭示问题之所在的同时,留意在可能的范围内参与其中,给出我个人的观点。

其次,在形式层面也颇下工夫,为的是让本书的内容作为文章易于阅读。本书的特征在于,为将关于某事项的信息分段,并明确各个信息相互间的关系,作了彻底的构造化改造。不过,针对这样的尝试,也出现了这样的反馈,即作为总括到一起的文章阅读起来费劲。虽然我个人毫不动摇地认为,像本书这样对信息作构造化的处理有利于正确的理解,但若因为表述方式上的不协调感而不能触及核心内容,却非本意。为此,为了多少能消除这种不协调感,在维持信息构造化这个观念的基础上,留意在被分段的正文之后附加过渡词,以在文章中也阐明各项目之间的关系,使得总括到一起的文章易于阅读。

另外,在形式层面上适当修改了版面设计。为了将信息的构造化做到极致,使其可视化,本书曾大量采用缩进排版的格式。这是旧版的一大特征。可是,随着阶层构造的深化,空白部分越来越多,反而变得不易阅读。为此,在改订之际在保证信息的构造化易懂的同时,放弃了过度的缩进排版。另外,为了增加一点易读性,给 Comment 添加了标题。

作以上修改的结果,此次的修改涉及本书整个的细节,多处几乎需要重写。为了尽可能地做到准确,在对本书作校正时,得到了京都大学法学部的我的 seminar 毕业生、毕业于京都大学法科大学院的中村瑞穗和中村美穗,以及毕业于同志社大学法科大学院的下田香织和宫本敬昌的帮助。得益于他(她)们周到和敏锐的指正而纠正的谬误究竟有多少,我已记不清楚。由衷地表示感谢!

最后,在改订本书之际,得到了有斐阁京都支店的一村大辅先生的关照。尽管工作一拖再拖,而且改动巨大,一村先生却总是向我伸出温暖的手,忘我地帮助我战胜困难。借此表达深厚的谢意!

山本敬三
2011年4月

第2版序言

本书刊行以来已经过了四年。其间,有关民法的状况发生了很大的变化。最大的变化,是2004年所作的旨在实现民法白话文化的修改(2005年4月1日施行)。此次修改,除了将民法的用语、记述置换成平易的白话文,还将部分判例、学说上确立的解释明文化,删除、整理了现在已经失去意义的规定和表述。一般认为,这些并未在实质上改变现行法的内容。但在法律的解释和适用上,法律条文变化的意义绝不可小觑。为此,本书也与此次修改相对应,作了全面的改订。

不过,其间的变化并不限于民法的白话文化。仅在民法总则领域就出现了大量的裁判例。更为重要的是制定或者修改了有关民法的诸多法律。例如,《2001年的中间法人法》、《电子消费者契约以及电子承诺通知法》,《2002年的区分所有法》,《2003年的担保法》,《2004年的不动产登记法》、《动产债权转让特例法》。此外在程序法领域,《公司更生法》、《破产法》被全面修改,《民事诉讼法》、《民事保全法》正在修改。在其他的领域,除了《特定商交易法》、《分期付款销售法》有重要的修改外,从《证券交易法》到《律师法》、《司法书士法》等,即使限于与本书的讲述相关的领域,被修改的法律就不胜枚举。为此,本次改订将本书中提及的诸多法律一一作了检查,并在必要的范围内修正了说明。此外,还尽可能地跟踪其间出现的最高法院判例,努力在整体上保持内容的最新。

荣幸的是,本书的初版得到了很多读者的好评,并传来了很多希望刊行新版的呼声。还未来得及能回应这样的期待,四年的岁月就已经流逝。对此只能诚挚地表达歉意。不过,其间法科大学院制度开始运转,围绕法学教育的状况也发生了很大的变化。笔者也感到有必要顺应这种状况,稍稍修正本《民法讲义》系列的基本构想。在这个意义上,本书本应按照新的基本构想作全面的改订,但此次只限于上述的改定,根本性的修改只能期待他日了。

此次改订得到了有斐阁京都编辑室奥村邦男先生和一村大辅先生的鼎力相助,由衷地表示感谢!

山本敬三
2005年3月

初版序言

法律不只是学习的对象,它首先是供人们运用的。人世间存在各种各样的纷争,就这些纷争而言,究竟什么才是问题的关键?又该如何解决?法律知识,是用来解决上述问题的知识。无论怎么强调自己已经学习了法律,如果在实际的场合不能运用的话,就没有意义。法律的学习,需要树立一个目标,即至少最终要会运用。

本书,是用于掌握民法中有关民法总则的基础知识的教科书。可是,这里所说的民法总则的基础知识,说到底必须是供人们运用的基础知识,即在具体的事例中,构成准确把握成为焦点之事项、并恰当地予以解决之根基的知识。本书的目的,便是传授这种知识。

基于这样的目的,本书在执笔之时始终留意以下诸点。

第一,注意在开头描绘出相关整体的鸟瞰图,在讲述各部分知识的同时,始终在鸟瞰图中为其定位。因为笔者以为,如果能够理解全貌,也就能更好地理解各部分知识,这些知识会沉淀下来,供后面学习时运用。在作具体论述时,着意作彻底的结构化处理,以阐明各个单元之间的关系。在通读一遍后,只要重新翻看单元的标题,就一定能唤回学过的知识。

第二,对于各个具体的问题,尽量做到通过列举具体的事例来说明。如果明白了抽象的知识在什么样的场合成为问题,以及理论探讨是为了什么,那么抽象的知识就会一下子变得非常容易理解。而且,对于各种各样的问题,如果知道了其典型性的事例,它就会成为在实际的案件中发现问题的线索。本书努力列举了尽可能地单纯化了的、但又是现实生活中可能发生的逼真事例,希望同学们能够灵活利用。

第三,尽量以命题的形式介绍判断基准,在介绍判例和学说时,着意将论据简化为一定的样式。这么做,是出于如下的考虑:对于实际的问题,本书试图提供给每个人作出判断、展开研讨的线索。为此,本书在多数场合不发表自己的见解,而只限于客观整理研究状况。对于这样做仍然不能传递出问题之症结,特别是初学者应当注意的事项,在 Comment 中补充说明,希望能供参考。

本书的雏形是笔者于 1996 年度和 1997 年度在京都大学法学部所作之讲义。全部内容分为 25 章,基本上与各次的讲义对应。如果没有每一次热心听讲的各位学生的支持,讲义的内容恐怕不能统括成这样的形态。另外,听过该课程的田冈直博同学(第 55 期司法研修生)和吉政知广同学(京都大学大学院法学

研究科研究生)参与了本书的校正。因为他们二位准确且锐利的意见,本书中改写之处难以数计。衷心感谢他们。

除了上述基本构想外,包括版面的设计在内,本书在风格上也不同于以往的教科书。有斐阁编辑部的奥村邦男先生、田颜繁实先生,是笔者这番用意的知音,他们克服了许许多多的障碍,推动了这本书的问世。我真不知道,两位忘我的帮助曾给我带来过多大的鼓励?借此表达深深的谢意。

山本敬三
2001年3月

要件事实、规范构造分析的意义及 本书中表格的读法

① 要件事实与规范构造分析的意义

本书的特点之一,是在吸收与要件事实论相当之理论的同时,并不将其作为要件事实论原封不动地和盘托出,而是试图解释位于其基础之规范的构造。^①首先,就其意义和理由作一番说明。

1 要件事实的意义 首先,对于初学者来说,听到“要件事实”估计不知所云。^②于是,尝试翻阅法律用语词典的人,例如会看到如下的说明:“【要件事实】民事诉讼上的概念,是直接构成——规定了权利发生、变更、消灭之法律效果的法规为该效果之发生而当作必要的——要件的事实。也称为主要事实或者直接事实。”^③看到这里,或许疑问非但不能消解,反而更加不知所措了。

(1) 规范与事实的区别 上述说明以法规规范与事实的区别为前提。法规规范,规定“应当如此这般”的当为,而事实则意味着“曾经是这样的”现实。所谓“要件”,是在前者的法规规范世界中“应当如此这般”的前提条件——“在 T(通常由 T₁、T₂、T₃……这样的要素构成)的情形”应当如此这般。所谓“事实”,是指在后者的世界中现实发生的被认为与要件 T 契合的事实 t(t₁、t₂、t₃……)。因此,所谓“要件事实”也就意味着,以这样的法规规范为前提,现实发生的与该法规规范所规定之要件契合的事实。例如,“因故意或者过失侵害他人的权利或者法律上受保护之利益的人,负担赔偿由此所生之损害的责任”(民 709)这样的规范,就属于法规规范。其中,某人“因故意或者过失侵害他人的权利或者法律上受保护之利益”属于要件。此外,例如某日在某地一个叫 Y 的人故意殴打 X 致其受伤,就属于与该“要件”契合的现实发生的“事实”。

(2) 主张责任、举证责任 按照先前的法律用语词典的说明,这个“要件事

① 如本书序言所述,笔者在拙著《民法讲义 IV - 1 契约》(有斐阁,2005 年)中以民法规范的构造分析为基础,将叙述的重点置于要件事实的提示及其说明上。而本书的特色在于,将进一步发展上述想法,将民法规范的构造分析置于前台,将构成要件事实的内容定位为从中派生出来的。

② 关于要件事实论的概括性意义及笔者自身的理解,山本 IV - 1,iii 页也作了叙述。以下的说明是面向初学者的,简明易懂。

③ 法令用语研究会编《法律用语辞典》(有斐阁,第 3 版,2006 年)1378 页以下。

实”是“民事诉讼上的概念”。的确,在诉讼中,实际的纷争通过对法规范的适用来解决。为此,就需要确定什么是应当适用的法规范,特定其“要件”,并判断与其契合的“事实”是否存在。在这个意义上,毫无疑问它是在进行民事诉讼时不可或缺的概念。

可是,之所以说要件事实是“民事诉讼上的概念”,理由并不止于此。特意打上“要件事实论”的铭牌,究竟其中探讨了什么问题呢?它探讨的是在诉讼中由哪一方的当事人负担主张、举证,以及主张、举证什么样的事实的责任。依据民事诉讼法的原则——辩论主义,法院不得基于在当事人的辩论中没有出现的事实作判决。所谓主张责任,是这样一种不利益:以该原则为前提,因为某项事实在辩论中没有出现,因此,不认可——若该事实存在则一定会认可之——法律效果。所谓举证责任,是这样一种不利益:虽然事实在辩论中出现——,但当根据证据不能确定其有无——称为真伪不明时,不认可——若该事实存在则一定会认可之——法律效果。

(3) 攻击防御方法的配置 所谓要件事实论,正是以阐明上述主张、举证责任之所在,相应地确定在诉讼现场各当事人应当提出之攻击防御方法的配置——原告为了为自己的请求提供基础应当就怎样的事实主张、举证(请求原因);原告获得成功时,被告要驳斥原告应当就怎样的事实主张、举证(抗辩);被告获得成功时,原告要驳斥被告应当就怎样的事实主张、举证(再抗辩)等——为目的的探讨。

2 规范构造分析的意义 不过,听了这样的说明后,或许会认为这样的要件事实论是诉讼特有的技术性话语,即便在“实务”中重要,但与民法本身以及民法的理解和学习没有直接的关系。实际上,在学者中也有不少人认为,对于民法的理解和学习来说,“理论”比什么都重要,要件事实论这样的涉及诉讼技术的“实务”性事项,可以在“认真学习了民法”之后——在法科大学院的某个阶段或者在司法研修的阶段另行——学习。^④

(1) 要件事实的理论依存性 然而,如此将要件事实论与民法的“理论”对立起来把握是不正确的。这是因为,有关要件事实论的通说性的见解——法律要件分类说认为,主张、举证责任的所在以及攻击防御方法的配置,终归要通过对民法的解释才能推导出来。作为请求原因原告应当主张、举证的事实,要经对原告请求的阐明,即明确构成权利基础的民法规范——称为权利根据规范或者据权规范——是什么,并根据该规范的宗旨确定该规范的要件——称为成立要件,才得以确定。作为抗辩被告应当主张、举证的事实,也要经对构成反驳原告权利之根据的民法规范——称为权利阻却规范或者阻却规范——为何的阐明,并根据该规范的宗旨确定该规范的要件——称为阻却要件,才得以确定。而作

^④ 民法学界也有各种各样的意见。关于这一点,参照2005年召开的日本私法学会的研讨会“要件事实论与民法学的对话”中的讨论【私法68号5页以下(2006年)】。

为再抗辩原告应当主张、举证的事实,也要经对构成反驳被告主张之民法规范——称为再阻却规范——为何的阐明,并根据该规范的宗旨确定该规范的要件——称为再阻却要件,才得以确定。主张、举证责任之所在以及攻击防御方法的配置,像这样从为权利的发生和阻却提供基础这种观点出发,经过对民法规范的涵义和构造的阐明,才能被推导出来。这个意义上确定民法规范之涵义和构造的作业,就是民法解释本身,而阐明规范的涵义和构造恰恰是“理论”的作用。因此,对要件事实的理解,取决于依据何种理论,这里存在应称为“理论依存性”的特点。^⑤

(2) 以规范构造分析为中心的必要性 当然,民法的解释可以从各种观点展开,要件事实论终究只是从一种观点——为权利的发生和阻却提供基础这种观点——出发所作的展开。可是,一旦意识到这样的观点自己就会明白,为成为问题之法律效果提供基础的法规范是什么样的规范,不管愿意不愿意都会认识到这些法规范相互间的关系。这恰好与深化对民法规范进而对位于其根基之“理论”的理解相关联。有必要深刻领会到,学习要件事实论实际上有这样一层含义。

不过,仅仅揭示构成请求原因、抗辩、再抗辩之事实,难以让人切实感受到与民法规范的联系。特别对于初学者来说,有可能会误以为这些要件事实是某种所与,或者产生结论是从事实中自动推导出来的错觉。这就本末倒置了。为此,本书将焦点对准位于要件事实基础位置的民法规范,重点阐明其涵义和构造,将要件事实定位为由前者所派生之物。由此,期待学员能够更好地理解作为规范之学问的民法学的涵义。

② 本书中表格的读法

1 规范构造表 本书在正文部分除了分析如上之民法规范的涵义和构造外,对于特别重要的问题,会在末尾列出规范构造表。列出这样的规范构造表的目的,在于整理在正文部分分析、说明的民法规范的涵义和构造,使得读者更容易理解其全貌。

规范构造表根据成为问题之请求的次序,按照请求、即为权利提供基础的规范——简称为据权规范,构成反驳该权利之根据的规范——简称为阻却规范,构成反驳阻却规范之根据的规范——简称为再阻却规范——的排列,作规范的整理。这样的据权规范、阻却规范、再阻却规范有时分别由一个规范构成,但更多的情形由多个规范构成。

在揭示这些规范之际,如果存在构成线索的条文,则予以标示——例如民 94II。虽不存在这样的条文,但可以通过类推既有条文所规定之规范来提供基础时,标示为该条文的类推——例如民 94II 的类推。当可以作为类推线索的条文也不存在,但可以以一般承认的规范或者应当承认的规范作为依据时,标示为

^⑤ 关于这一点,山本 IV - 1 xvi 页以下也有相同的论述。

“不成文法”。按章在各项规范上作记号——据权规范用 $\boxed{1}$ $\boxed{2}$ ……阻却规范用 \boxed{a} \boxed{b} ……再阻却规范用 $\boxed{\text{甲}}$ $\boxed{\text{乙}}$ ……再再阻却规范用 $\boxed{\alpha}$ $\boxed{\beta}$ ……重复标示同一规范时,仅标示记号,并标示初次出现的页码。

xxiii 如上所述,构成——这样确定下来的规范的——要件的具体事实,属于要件事实。在本书中,基于上述考虑,不直接明示构成这种要件事实的内容,取而代之,用加黑字体标示构成——与要件事实相对应之规范的——要件的内容。如此一来,应该可以获得用以确定要件事实的线索。当然,要严密确定要件事实,需要进一步地切分事实、附加时间性要素的情形不在少数。可是,不必在一开始就被那样的技术因素所困扰,更为重要的是理解基本的想法。本书所提示的规范构造表,正好能为深化这种理解提供线索。

2 要件事实 在本书中,在若干处例外地将要件事实表合在一处列出。特别像代理那样的,要件事实在技术上稍显复杂,从规范构造表中难以读取,有误解之虞的情形,作了这样的处理。

在要件事实表中,依成为问题之诉讼标的,作了请求原因、抗辩、再抗辩的配置,为了与规范构造表对比,不列举严格意义上的要件事实——构成规范之要件的具体事实、准确地说主要事实。为了使读者能理解要件构成的宗旨,以构成法律要件要素——构成法规范之要件的要素,即区别于与其契合之具体事实的规范的构成要素——的内容为中心作了整理。

因为篇幅的限制,在要件事实表中大量使用了省略记述。涵义特别不明时请参照正文的说明。主要记号的涵义如下。其中 \boxed{I} 和 $\boxed{\quad}$ 在规范构造表中也使用。此外, $\boxed{1}$ \boxed{a} $\boxed{\text{甲}}$ 虽与规范构造表中使用的记号重复,但请注意两者完全不是一回事。

xxiv

| | |
|--|---|
| $\langle \quad \rangle$ | 表示诉讼标的 |
| \boxed{I} | 在请求原因、抗辩、再抗辩等选择性多个并存的情形使用(在规范构造表中也使用) |
| $\boxed{1}$ \boxed{a} $\boxed{\text{甲}}$ | 在构成请求原因、抗辩、再抗辩等的要件——是法律要件要素或者要件事实,未必总与主要事实对应——多个存在的情形使用 |
| \boxed{A} | 表示是选择性要件——法律要件要素或者要件事实(\boxed{A} 或者 \boxed{B} 的涵义) |
| ※ | 表示预备性主张(预备性请求原因、预备性抗辩等)⑥ |
| $\boxed{\quad}$ | 存在见解对立的情形,表示该见解(在规范构造表中也使用) |
| $X \rightarrow Y$ | 从 X 向 Y |

⑥ 以预备性抗辩为例,针对某项请求原因,作为为同一法律效果提供基础的攻击防御方法,除了抗辩 \boxed{I} 外,在存在包含 $\boxed{1}$ 之要件事实(例如 $\boxed{1}$ $\boxed{2}$) 的抗辩 \boxed{II} (例如由要件事实 $\boxed{1}$ $\boxed{2}$ $\boxed{3}$ 构成) 的情形,该抗辩 \boxed{II} 称为预备性抗辩。在此情形,原本作为攻击防御方法仅抗辩 \boxed{I} (要件事实 $\boxed{1}$ $\boxed{2}$ 的主张、举证) 便足够,不需要抗辩 \boxed{II} ——这种关系称为“a + b”,但针对抗辩 \boxed{I} 对方主张、举证再抗辩的情形,抗辩 \boxed{II} 便有了意义。详见司研 II181 页以下。具体的例子,为样本所列的第 1 张表(法定效果说的部分)。

| | X 的物权返还请求的 依据规范(请求原因) | 阻却规范(抗辩) | 再阻却规范(再抗辩) | 再再阻却规范 (再再抗辩) |
|---------|---|--|------------------------------------|---|
| 无效主张否认说 | 3 不成文法 就标的物拥有所有者,可以对正在占有该标的物之人请求标的物的返还 | 权利丧失的抗辩 [c] 民 176 物权的设定及移转,仅依当事人的意思表示而生效 ^⑦ | 虚伪表示的抗辩 [b] 民 94I 同上 (153 页) | 善意第三人 [a] 民 94II 基于民 94II 的意思表示无效,不能对抗善意第三人 |
| | 4 不成文法 权利发生(存在为权利发生提供基础的事实)时,只要没有特别的事情,该权利现存 ^⑦ | | | |
| 法定效果说 | 3 不成文法 同上 | I 因意思表示而丧失权利的抗辩 | 虚伪表示的抗辩※ | |
| | 4 不成文法 | [c] 民 176 同上 | [b] 民 94I 同上 | |
| | | II 因民 94II 而丧失权利的抗辩※ | | |
| | | [d] 民 94II 即使与相对人通谋作出虚伪的意思表示,如同该虚伪表示有效一样善意第三人取得权利 | | |

(摘自本书 155 * 页)

⑦ 一般认为,这样的权利不变更原则作为整个法体系得以成立的根本原则之一被认可。因为有这个原则,如果主张、举证在过去某一时刻曾有取得权利的原因存在(这便是“原来所有”这个缩略语的涵义),那么该权利现在也存在一事便获得基础。依此,原告(X)过去取得标的物所有权一事获得了基础,那么现在也将拥有所有权,对现在占有标的物之人(Z)可以行使基于所有权之物权请求权。被告=占有人(Z)要排斥这个请求权,例如就需要其间原告(X)丧失了所有权。为其构建基础的,是右栏的权利丧失的抗辩。因此,例如原告(X)因买卖契约等向其他人(Y)转让标的物的所有权时,原告(X)丧失其所有权,因此,以原告(X)现在拥有所有权为理由的物权请求权将被阻却。

⑧ 176 条一般被理解为这样的规定:要发生物权的设定以及移转的效力,仅仅意思表示便足够,即采用了意思主义而非形式主义的立场,就是说不需要具备一定的形式——登记的齐备、标的物的交付等。依此理解,可以将其看做“如果有为物权变动构建基础的意思表示,则发生物权变动的效力”的规范。但是,该规范为了表明采用了意思主义的立场而使用了“当事人的意思表示”这样的表述,严格来讲,为物权变动的效力构建基础的,是由这种意思表示为构成要素的法律行为【关于法律行为的涵义,参照第 6 章(102 页)】。例如,除买卖契约、赠与契约——准确地说这些契约中所包含的内容为物权变动的合意(详见物权的解说)、遗赠等外,还有地上权设定契约、抵押权设定契约等,都属于此。因此,作为抗辩需要主张、举证的是这些法律行为的存在。

* 此为原书页码,即本书边码,下同。——译者注

| 基于表见代理之履行请求的根据规范 | 阻却规范 |
|--|--|
| <p>1 民 99I 代理人表明为本人而为后所作的意思表示,在代理人拥有为此意思表示的权限时,直接对本人生效</p> <p>2 民 109 正 对相对人表示授予他人以代理权意旨者(表示授予代理权之人),于代理权范围内,就该他人与相对人间实施之行为,负担责任</p> | <p>a 民 109 但 即使在左列情形,当相对人知道或者因过失不知道并未赋予该他人代理权时,表示授予代理权之人不负责任</p> |
| Y 的请求原因 | X 的抗辩 |
| <p>1 代理行为人 A 实施代理行为</p> <p>a 代理行为人 A 实施法律行为</p> <p>b 代理行为人 A→相对人 Y 显名</p> <p>2 先于 1 本人 X→相对人 Y 表示授予代理权(授予作 1 之行为的代理权的表示)</p> | <p>A 相对人 Y 的恶意 or</p> <p>B 相对人 Y 的过失^⑨</p> |

(摘自本书 409 页)

| 物权性请求的根据规范 | 阻却规范 |
|---|--|
| <p>4 不成文法 就标的物拥有所有权者,可以对正在占有该标的物之人请求标的物的返还</p> | <p>I 基于表见代理丧失所有权的抗辩【相对人限定说】</p> <p>1 民 99 I 同上(409 页)</p> |
| | <p>3' 民 110 代理人实施其权限外的行为的情形,当相对人相信代理人有权限,且信赖有正当理由时,本人就该行为负担责任</p> |
| <p>5 不成文法 权利发生(存在为权利发生提供基础的事实)时,只要没有特别的事情,该权利现存</p> | <p>II 基于类推 94 II 丧失所有权的抗辩</p> <p>b 类推民 94 II 在存在虚伪外观的情形,当真正的权利人就该外观的作出或者存续有归责性时,(无过失地)相信该外观的第三人,依该外观取得权利</p> |

⑨ 作为法律效果的发生要件,将规范性的评价纳入一般性的、抽象概念中后,就称为规范性要件。过失、重过失、正当理由等都属于此。关于规范性要件的主张、举证,一般由主张基于该要件之效果的一方就构成规范性评价之基础的事实(评价的依据事实)负担主张、举证的责任,其相对人就妨碍规范性评价的事实(评价的障碍事实)负担主张、举证的责任(参照司研 I 30 页以下)。因此,严格来讲,作为抗辩被告(X)就为过失这个评价构建基础的事实负担主张、举证责任;作为再抗辩原告(Y)就妨碍过失这个评价的事实负担主张、举证责任。在本书中,由于将重点放在描述规范构造上,对于规范性要件原则上——关于要件事实特别有必要唤起注意的情形【第 17 章 IV ① 3 的表(417 页)】除外——不区分评价依据事实和评价障碍事实,但请注意关于要件事实一般是作这样的区分的。